



HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
Sascha Sebastian, M.Mel. (Stellv. Vorsitzender)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann
StA Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
RD Jochen Heinz
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M. (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
Prof. Dr. Dominik Skauradszun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X
www.zeitschrift-jse.de
redaktion@zeitschrift-jse.de

AUS DEM INHALT

BEITRÄGE

Leonie Schmitt

Diskriminierung durch Maschinelles Lernen

Matthias Müller

Gemeinderatssitzungen per Video

KLAUSUREN

Michael Hippeli

Zivilrecht: „Ein Unfall in Österreich kommt selten allein“

Ralf Dietrich/Vanessa Kürner

Strafrecht: „... or die tryin“

RECHTSPRECHUNG

BGH

Ersatz Behinderungsbedingter Mehraufwendungen

BGH

Keine Entstehung einer Dienstbarkeit durch
Gewohnheitsrecht

BGH

Überprüfung der Beweiswürdigung in der Revision

BVerfG

Meinungsäußerungsfreiheit: „frecher Juden-Funktionär“
als strafbare Volksverhetzung

INHALTSVERZEICHNIS

Beiträge

Leonie Schmitt

Diskriminierung durch Maschinelles Lernen

Seite ▶ 47

Matthias Müller

Gemeinderatssitzungen per Video

Seite ▶ 51

Klausuren

Michael Hippeli

Schwerpunktbereichsklausur Zivilrecht:
„Ein Unfall in Österreich kommt selten allein“

Seite ▶ 55

Ralf Dietrich/Vanessa Kürner

Examensübungsklausur Strafrecht:
„... or die tryin“

Seite ▶ 63

Rechtsprechung Zivilrecht

BGH

Ersatz Behinderungsbedingter Mehraufwendungen
Urteil vom 10.03.2020 (*Christian F. Majer*)

Seite ▶ 77

BGH

Keine Entstehung einer Dienstbarkeit durch Gewohnheitsrecht
Urteil vom 24.01.2020 (*Christian F. Majer*)

Seite ▶ 79

Rechtsprechung Strafrecht

BGH

Überprüfung der Beweiswürdigung in der Revision
Urteil vom 09.01.2020 (*Caprice Doerbeck*)

Seite ▶ 82

Rechtsprechung Öffentliches Recht

BVerfG

Meinungsäußerungsfreiheit: „frecher Juden-Funktionär“
als strafbare Volksverhetzung
Beschluss vom 07.07.2020 (*Sascha Sebastian*)

Seite ▶ 85

EDITORIAL

Im Juli 2019 stellte Elon Musk auf einer Pressekonferenz im amerikanischen San Francisco das erste Mal Details zu dem bereits 2016 von ihm gegründeten Neurotechnologieunternehmen „Neuralink“ vor. Ziel, so Musk, sei die Entwicklung einer implantierbaren Gehirn-Computer-Schnittstelle. Hierdurch soll kurzfristig behinderten Menschen geholfen werden, die durch eine solche Technik bspw. Arm- oder Beinprothesen steuern könnten. Langfristig ist es jedoch das Ziel des Unternehmens, eine „Symbiose mit künstlicher Intelligenz“ zu erzielen. Denn auch wenn Musk mit einem seiner anderen Unternehmen, Tesla Motors, durchaus Vorreiter in Sachen maschinelles Lernen und künstliche Intelligenz ist, hält er die in diesem Bereich prognostizierte Entwicklung für eine „existenzielle Bedrohung für die Menschheit“, wenn sie nicht – eben durch eine Schnittstelle, wie Neuralink sie entwickelt – kontrolliert wird. Nur durch eine solche Form der Transhumanität könne den Gefahren der Künstlichen Intelligenz langfristig Einhalt geboten werden.

Ganz in diesem Sinne befasst sich der erste **Beitrag** im Heft mit den Gefahren des maschinellen Lernens und seinem Einsatz insbesondere durch die Sicherheits- und Ordnungsbehörden. Unter dem Titel „*Diskriminierung durch Maschinelles Lernen*“ beschäftigt sich SCHMITT mit der Frage ob und inwieweit Maschinen diskriminieren können und welche rechtlichen Rahmenbedingungen bestehen bzw. geschaffen werden müssen, um dies zu verhindern.

Der zweite **Beitrag** in diesem Heft dreht sich – wie könnte es anders sein? – um die rechtlichen Auswirkungen der weiter anhaltenden COVID-19-Pandemie. In seiner „*Gemeinderatssitzungen per Video*“ überschriebenen Ausarbeitung stellt MÜLLER die Neuregelung des § 37a der baden-württembergischen Gemeindeordnung vor, mit der für ein entsprechendes Vorgehen nun die rechtliche Grundlage geschaffen wurde.

Die erste **Klausur** im Heft ist an Studierende des **Schwerpunktbereiches** im internationalen Privatrecht gerichtet. In „*Ein Unfall in Österreich kommt selten allein*“ arbeitet HIPPEL einige Fragen im Zusammenhang mit der Rom-II-Verordnung der EU didaktisch auf. Aus dem **Strafrecht** gibt es sodann eine **Klausur** für die Examensvorbereitung. In „*... or die trying*“ bieten DIETRICH und KÜRNER einen Ritt durch den strafrechtlichen Vermögensschutz, die gegen das Leben gerichteten Straftaten und die Straßenverkehrsdelikte an.

Die **Rechtsprechung** beginnt wie gewohnt mit dem **Zivilrecht**. Hier musste sich dieses Mal der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes mit der Frage befassen ob ein Schädiger im Fall einer Behinderung die Kosten einer verletzungsbedingt erforderlichen Begleitung des Geschädigten durch Betreuungspersonen zu ersetzen hat (MAJER). In einer Entscheidung aus dem Sachenrecht hatte der V. Senat sodann der Frage nachzugehen, ob eine Grunddienstbarkeit auch aus Gewohnheitsrecht entstehen kann (MAJER).

Im **Strafrecht** war dem 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofes die Frage vorgelegt worden, ob die Beweismwürdigung rechtsfehlerhaft ist, wenn das Tatgericht zugunsten des Angeklagten von Annahmen ausgeht, für deren Vorliegen es keine tatsächlichen Anhaltspunkte gibt (DOERBECK).

Im **öffentlichen Recht** steht schließlich eine grundrechtliche Fragestellung im Mittelpunkt. Hier war die 2. Kammer des 1. Senates des Bundesverfassungsgerichts zur Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde eines Funktionärs der Partei „DIE RECHTE“ berufen. Dieser hatte den Vorsitzenden einer jüdischen Gemeinde als „frehen Juden-Funktionär“ bezeichnet und war hierfür wegen Volksverhetzung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden. Eine Verurteilung bei der seines Erachtens seiner verfassungsrechtlich verbürgten Meinungsäußerungsfreiheit nicht das gebührende Gewicht beigemessen wurde (SEBASTIAN).

Prof. Dr. Christian F. Majer
Schriftleiter

Sascha Sebastian, M.mel.
Stellvertretender Schriftleiter

BEITRAG

Leonie Schmitt*

Diskriminierung durch Maschinelles Lernen

Wie kann das Recht schützen vor einem alten Problem in neuem Gewand?

Gliederung

Abstract

A) Diskriminierung durch lernende Maschinen

- I. Diskriminierende Trainingsdaten
- II. Diskriminierende Korrelationen
- III. Langfristige Folgen

B) Diskriminierungsschutz im bestehenden Recht

- I. Schutz vor staatlicher Diskriminierung
- II. Schutz vor Diskriminierung durch Private
- III. Schutz vor Diskriminierung im Datenschutzrecht
- IV. Zwischenfazit

C) Rechtliche Regulierungsvorschläge

- I. Forderung nach Transparenz
- II. Testverfahren
 1. Rechtsfolgen von Testverfahren
 2. Durchsetzung der Durchführung von Tests
 3. Anforderungen an Testverfahren

D) Fazit

Abstract

„Künstliche Intelligenz“ und „Maschinelles Lernen“ bestimmen zunehmend unseren Alltag und kommen bereits in den verschiedensten Branchen zum Einsatz. Bei etlichen Entscheidungen ist der Mensch nicht mehr auf sich selbst gestellt, sondern bedient sich der effizienten Hilfe einer „lernenden Maschine“. Wenn jedoch Menschen bewertet und beurteilt werden, stößt die Anwendung von Maschinellern auch auf Bedenken. Bei lernenden Systemen lassen sich die zugrundeliegenden Kriterien einer Bewertung nicht mehr so leicht nachvollziehen. Welche Informationen einem Verfahren zugrunde liegen und wie diese verknüpft werden, bleibt für den Betroffenen im Dunkeln. Das Schlagwort der „Blackbox-Algorithmen“ lässt Unberechenbarkeit und Willkür vermuten. Es besteht die Gefahr, nach undurchsichtigen Entscheidungskriterien diskriminiert zu werden.¹ Dieser Beitrag dreht sich um die Frage, welchen Schutz das Recht bieten muss. Folgende Aspekte stehen im Mittelpunkt: Was ist das Problem – wie kann Maschinelles Lernen diskriminieren? Welche Regelungen gegen Diskriminierung bestehen

schon, reichen sie für einen Schutz aus? Welche Ideen für weitere Regelungen gibt es und wo sind neue Regelungen sinnvoll?

Dabei sind die gesellschaftlichen Folgen einer diskriminierenden Software nicht zu unterschätzen. Während eine menschliche Diskriminierung sich zumeist im Verhältnis einer Person gegenüber einer anderen zeigt, kann sich je nach Einsatzgebiet eine maschinelle Diskriminierung auf eine Vielzahl von Menschen zugleich auswirken. Es ist jedoch durchaus denkbar, dass das Recht Diskriminierung durch lernende Maschinen, soweit sie erkannt wird, sogar umfangreicher und effektiver als menschliche Diskriminierung begrenzen kann.

A) Diskriminierung durch lernende Maschinen

Beispiel 1: Seit Herbst 2017 nutzt das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) eine lernende Software, die arabische Hauptdialekte erkennen kann.² Diese Anwendung, die das Herkunftsgebiet des Betroffenen identifizieren soll, gerät in Kritik, als bekannt wird, dass die Fehlerquote des Systems zu Beginn ihres Einsatzes fast 20 % betrug.³ Jeder Fünfte wurde einem falschen Herkunftsgebiet zugeordnet, da die Software seltene Dialekte, Sprachstörungen oder andere Auffälligkeiten nicht berücksichtigen kann.⁴

Beispiel 2: Strafrichter in den USA verwenden die lernende Software COMPAS.⁵ Sie dient als Entscheidungshilfe, ob Straftäter auf Bewährung freikommen oder nicht. Die Software errechnet aus 137 Merkmalen einen Wert auf einer Skala von 1-10, der das Rückfallrisiko des Täters einschätzen soll.⁶ Als die Softwareergebnisse 2016 von der Rechercheorganisation Propublica untersucht werden, stellt sich heraus, dass Amerikaner mit dunkler Hautfarbe doppelt so oft eine falsche Prognose erhielten wie Mitbürger heller Hautfarbe.⁷ Es wurde doppelt so oft ein „Schwarzer“ als potenziell rückfällig eingestuft, der später nicht rückfällig wurde, als dies bei einem „Weißen“ der Fall war.

Diese zwei Beispiele verdeutlichen, wie der Einsatz von Maschinellern zu Benachteiligung und Diskriminierung führen und gravierende Folgen für die Betroffenen haben kann. Die Ursachen dieser maschinellen Diskriminierung liegen im Wesentlichen in „diskriminierenden Trainingsdaten“ und in „diskriminierenden Korrelationen“.

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaft und Mathematik an der Universität Tübingen und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Völkerrecht (Prof. Dr. Martin Nettesheim).

¹ Martini, JZ 2017, 1018.

² Biselli, NETZPOLITIK.ORG, Artikel v. 12.12.2017

³ <https://netzpolitik.org/2017/syrien-oder-aegypten-software-zur-dialektanalyse-ist-fehleranfaellig-und-intransparent/>.

⁴ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Stöcker, SPIEGEL ONLINE, Artikel vom 28.01.2018

⁶ <https://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/algorithmen-vor-gericht-menschen-sind-so-schlau-wie-die-teure-maschine-a-119011.html>

COMPAS ist abkürzend für Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions.

⁶ Ibid.

⁷ Lischka/Klingel, Wenn Maschinen Menschen bewerten (2017), S. 9.

I. Diskriminierende Trainingsdaten

Unter diskriminierenden Trainingsdaten ist zu verstehen, dass in einem Datensatz, anhand dessen ein System „lernt“, Diskriminierung bereits angelegt ist. Das System erlernt einen „unzulässigen“ statistischen Zusammenhang.

Beispiel 3: Im Dezember 2018 warnte Microsoft vor Diskriminierung bei der Anwendung von Gesichtserkennungssoftware.⁸ Frauen und Nicht-weiße werden nicht richtig erkannt, da die Software mit Daten trainiert wird, die überwiegend aus Bildern mitteleuropäischer Männer bestehen.

Beispiel 4: Diskriminierend war auch der Einsatz einer Bewerbungssoftware von Amazon.⁹ Die Software wurde mit den Profilen der vom Unternehmen bisher angenommenen Bewerber trainiert. Da das Unternehmen in den letzten Jahrzehnten jedoch vor allem Männer eingestellt hatte, filterte das System Frauen eher heraus.

Problematisch ist, dass es meist nicht offensichtlich ist, ob ein Datensatz diskriminierend ist. Die Bewerbungssoftware von Amazon, die anhand der männlichen Profile trainiert wurde, bewertete Bewerbungen lediglich deswegen schlechter, weil dort – ungewohnter Weise – Begriffe mit der Vorsilbe „Frauen“ zu finden waren (z.B. Frauen-Schachclub, Frauenhochschulen).¹⁰ Problematisch ist weiterhin, dass ein repräsentativer Datensatz dem Datenschutz und dem Persönlichkeitsrecht entgegenstehen kann. Wenn Gesichtserkennungssoftware nicht nur „Weiße“ erkennen soll, müsste dem lernenden System ein Datensatz zugänglich sein, der die Gesellschaft repräsentativ widerspiegelt. Der Zugang zu derart großen Datenmengen kann aber mit datenschutzrechtlichen Aspekten und dem Persönlichkeitsrecht in Konflikt treten. Problematisch ist letztlich, dass selbst dann, wenn repräsentative Daten als Trainingsdaten zugänglich sind, diese Diskriminierungen enthalten können, da sie letztlich aus einer menschlichen Gesellschaft stammen, der Diskriminierung immanent ist.

II. Diskriminierende Korrelationen

Die zweite wesentliche Ursache für maschinelle Diskriminierung sind diskriminierende Korrelationen.

Damit ist gemeint, dass die Verknüpfungen und Muster, die ein System zwischen „zulässigen“ Kriterien erstellt, mittelbar auf ein „unzulässiges“ Kriterium schließen lässt.¹¹

Dazu noch einmal *Beispiel 2* von COMPAS: Keiner der 137 Datenpunkte, die COMPAS zu seiner Bewertung verwendete, stellte die Hautfarbe oder die „ethnische“ Zugehörigkeit des zu bewertenden Straftäters fest. Abgefragt wurden aber beispielsweise Wohnort, berufliche Situation und familiärer Hintergrund. All diese Daten fielen – entsprechend der Lebenswirklichkeit schwarzer Amerikaner – schlechter aus und wurden

dementsprechend negativ bewertet. Die Datenpunkte korrelierten letztlich mit der Eigenschaft, „schwarz“ zu sein.

Problematisch ist, dass es kaum möglich ist, alle diejenigen Merkmale zu entfernen, die mit unzulässigen Kriterien korrelieren. Problematisch ist zudem, dass lernende Systeme sich in sog. Feedback-Schleifen verzerren können. Durch die auf COMPAS gestützte Entscheidung, schwarze Amerikaner öfter in Gefängnissen unterzubringen, können diese in neue kriminelle Strukturen geraten und später tatsächlich wieder straffällig werden.¹² Wenn diese Ergebnisse dem System wieder zugeführt werden, bestätigt es seine Prognose letztlich selbst im Wege einer selbst-erfüllenden Prophezeiung.¹³

III. Langfristige Folgen

Welche langfristigen Folgen ergeben sich, wenn maschinelle Diskriminierung nicht beachtet wird? Im Vergleich zu einem einzelnen Menschen hat der Einsatz von Maschinellem Lernen eine große und schnelle Breitenwirkung, hierhin liegt eine besondere Gefahr.¹⁴ Wenn lernende Systeme diskriminieren oder bestehende Diskriminierungen reproduzieren – und diese Wirkung nicht entdeckt wird –, könnte dies im Extremfall dazu führen, dass Diskriminierungen zementiert werden und gesellschaftliche Entwicklungen in eine diskriminierungsfördernde Richtung gesteuert werden.¹⁵

B) Diskriminierungsschutz im bestehenden Recht

Es stellt sich die Frage, wie Diskriminierung im bestehenden Recht geregelt ist und ob auch Diskriminierung durch Maschinelles Lernen erfasst wird.

I. Schutz vor staatlicher Diskriminierung

Schutz vor staatlicher Diskriminierung bieten vor allem die speziellen Gleichheitsrechte in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, und der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 3 Abs. 1 GG. Außerhalb des Grundgesetzes bestehen weitere Antidiskriminierungsgesetze in den Fachgesetzen der Verwaltung.

II. Schutz vor Diskriminierung durch Private

Im Zivilrecht findet der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte Berücksichtigung. Zu beachten ist, dass die aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete Privatautonomie und Vertragsfreiheit der mittelbaren Drittwirkung des Art. 3 GG gegenüberstehen.

Beim Schutz vor Diskriminierung durch Private wird neuerdings ein Gleichbehandlungsgebot wegen struktureller Überlegenheit aus Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht gezogen.¹⁶ Vor allem aber schützt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das besonders im Arbeitsrecht und in bestimmten zivilrechtlichen Schuldverhältnissen Anwendung findet. Vom arbeitsrechtlichen

⁸ Smith, Microsoft.com, Blogbeitrag vom 06.12.2018

► <https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2018/12/06/facial-recognition-its-time-for-action/>

Die Warnung ist besonders bemerkenswert, da Microsoft das Tool der Gesichtserkennung selbst anbietet.

⁹ Wilke, DIE ZEIT, Artikel vom 18.10.2018

► <https://www.zeit.de/arbeit/2018-10/bewerbungsroboter-kuenstliche-intelligenz-amazon-frauen-diskriminierung>

¹⁰ Dustin, REUTERS.COM, Artikel vom 10.10.2018

► <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>

¹¹ Lischka/Krüger, *Damit Maschinen den Menschen dienen* (2018), S. 22.

¹² Auch menschliche Diskriminierung verhindert, vorurteilsbelastete Erfahrung zu widerlegen. An dieser Stelle soll jedoch vor allem deutlich werden, dass eine lernende Software nicht nur bestehende Diskriminierung widerspiegelt, sondern diese auch systematisch verstärken kann.

¹³ Lischka/Krüger, *Damit Maschinen den Menschen dienen* (2018), S. 10.

¹⁴ Martini/Nink, *NVwZ-Extra* 2017, 10.

¹⁵ Martini, *JZ* 2017, 10.

¹⁶ BVerfGE 148, 267 (Stadionverbot); Dies kommt in Betracht, wenn die Beurteilung einer Person dazu verwendet wird, die Angewiesenheit auf die Leistung zu erzeugen, zu verstärken oder auszunutzen.

Benachteiligungsverbot des § 7 AGG wäre eine diskriminierende Bewerbungssoftware wie diejenige von Amazon erfasst (*Beispiel 4*). Unter das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot in § 19 AGG fallen beispielsweise diskriminierende Kredit-scoring-Verfahren oder „Dynamic Pricing“ als Benachteiligung bei der Begründung eines Schuldverhältnisses.¹⁷ Bei bestimmten Einsatzarten von Maschinellern ist Diskriminierung durch das AGG somit erfasst. Zu unterscheiden ist (nicht nur) in diesem Zusammenhang zwischen unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligungen, § 3 AGG. Relevant für maschinelle Lernverfahren sind vor allem mittelbare Benachteiligungen. Dabei ist unklar, wann eine mittelbare Benachteiligung vorliegt, also welcher Zusammenhang zwischen einem unzulässigen Kriterium aus § 1 AGG und dem entscheidungsrelevanten Kriterium bestehen muss. Teilweise wird eine „prozentual wesentlich stärkere Belastung einer Gruppe“ gefordert.¹⁸ Eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts wäre z.B. dann anzunehmen, wenn sich in einer benachteiligten Gruppe 75 % Männer finden. Ein festgelegter Standard besteht jedoch nicht.¹⁹

III. Schutz vor Diskriminierung im Datenschutzrecht

Schutz vor Diskriminierung kann auch das Datenschutzrecht bieten. Nach Art. 22 DSGVO hat der Betroffene das Recht, nicht ausschließlich einer auf automatisierter Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden. Das heißt, ein Mensch darf nicht nur durch eine Maschine beurteilt werden. Die Auswirkung des Verbots ist jedoch eher gering, denn es bestehen einerseits zahlreiche Ausnahmen (siehe Art. 22 Abs. 2 DSGVO), andererseits werden wirklich nur Entscheidungen erfasst, die ganz ohne menschlichen Einfluss zustande kommen, nicht aber wie bei COMPAS (*Beispiel 2*) der Einsatz von Systemen, die nur der Vorbereitung einer menschlichen Entscheidung dienen.²⁰

In diesem Zusammenhang sind auch § 31 BDSG, der die Zulässigkeit von Scoring-Verfahren regelt, sowie die Art. 13, 14 DSGVO, die Informationspflichten festlegen, zu erwähnen. Wichtig ist jedoch, dass diese Normen keinen Anspruch auf die Offenlegung von Entscheidungsgründen gewährleisten und auch hier der Anwendungsbereich jeweils begrenzt ist.²¹

IV. Zwischenfazit

Bestehende Regelungen zum Schutz vor Diskriminierung sind zwar komplex geregelt und weisen offene Rechtsfragen (mittelbare Diskriminierung) auf, dennoch bieten sie Schutz, wenn maschinelle Diskriminierung unter die gegebenen Regelungen fällt. Es ist daher vor allem zu gewährleisten, dass maschinelle Diskriminierung überhaupt erkannt wird. Nur dann kann sich der Einzelne rechtlich wehren bzw. die Nutzung einer diskriminierenden Software untersagt werden.

C) Rechtliche Regulierungsvorschläge

In der Literatur gibt es viele Vorschläge und Ideen zur Regulierung algorithmischer Verfahren, insbesondere beim Einsatz von Maschinellern.²² Um Diskriminierung zu erkennen, muss ein Einblick in die „Blackbox-Algorithmen“ ermöglicht werden. In diesem Zusammenhang scheint es zunächst naheliegend, „Transparenz“ zu fordern.

I. Forderung nach Transparenz

Versteht man unter Transparenz die Offenlegung des Codes, erscheint das bei Maschinellern wenig sinnvoll. Da die Systeme dynamisch sind und daher keine festgelegten Kriterien für eine Entscheidung haben, passen sie die Gewichtung von Daten im Laufe ihres Einsatzes an das Feedback neuer Daten und Ergebnisse an.²³ Bestimmte Daten, die zu einem Zeitpunkt den Ausschlag für eine Entscheidung gegeben haben, können im nächsten Zeitpunkt eine ganz andere Entscheidung hervorbringen.²⁴ Daraus folgt, dass selbst durch die Offenlegung des Codes eine maschinelle Entscheidung nicht nachvollziehbar wird. Abgesehen davon kollidiert die Offenlegung des Codes mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.²⁵ Fraglich ist, wie man dann mit diesen „Blackboxes“ umgehen soll. Ein Ansatz kann der Mensch liefern. Ein Mensch ist für einen anderen letztlich auch eine „Blackbox“ und dessen Entscheidungen können intransparent sein.²⁶ Dennoch gesteht man einem Menschen meist einen gewissen Entscheidungsspielraum zu. Versteht man die Forderung nach Transparenz nicht im technischen Sinne, sondern nur im Sinne einer gewissen Nachvollziehbarkeit, könnte man – wie man es von der Entscheidung eines Menschen fordert – auch bei einer maschinellen Entscheidung lediglich eine Begründung fordern.²⁷ Eine langfristige Strategie könnte sein, intelligente Systeme so zu programmieren, dass sie selbst Auskunft über die wesentlichen Gründe einer Entscheidung geben. Dies ist Gegenstand der Forschung unter dem Stichwort „Explainable Artificial Intelligence (AI)“.²⁸ Eine implementierte Begründungspflicht kann dann auch Anhaltspunkte liefern, um das Ergebnis einer maschinellen Entscheidung anzuzweifeln bzw. dem Ergebnis Diskriminierung vorzuwerfen.

II. Testverfahren

Da ein auf Maschinellern basierendes System bisher nicht darüber Auskunft geben kann, wie es zu einem Ergebnis gekommen ist, kann man Diskriminierung letztlich nur aufdecken, wenn die Ergebnisse der Software untersucht werden. Eine rechtliche Gestaltung von verpflichtenden Testverfahren ist daher sinnvoller als die Forderung nach der Offenlegung des programmierten Codes. Festzulegen sind neben Kriterien, wann von einer Diskriminierung auszugehen ist, insbesondere die Rechtsfolgen, die Durchsetzung der Durchführung von Tests und die Anforderungen für einen ordnungsgemäßen Testablauf.

¹⁷ Ausführlich dazu das Gutachten mit dem Titel „Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren“ der Fachgruppe Rechtsinformatik der *Gesellschaft für Informatik e.V.* im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen (2018), S. 85 ff.

¹⁸ Thüsing, in: MüKo BGB, § 3 AGG Rn. 31; ausführlich in *Gesellschaft für Informatik e.V.*, Ibid., S. 89.

¹⁹ *Gesellschaft für Informatik e.V.*, Ibid., S. 91.

²⁰ Martini/Nink, NVwZ-Extra 2017, 3.

²¹ *Gesellschaft für Informatik e.V.*, Ibid., S. 99.

²² Ein ganzer Katalog an Instrumenten findet sich bei Martini, JZ 2017, 1021.

²³ Wischmeyer, AöR 143 (2018), 47.

²⁴ Ibid., S. 47.

²⁵ Ibid., S. 48.

²⁶ Ibid., S. 55.

²⁷ Ibid., S. 55.

²⁸ *Gesellschaft für Informatik e.V.*, Ibid., S. 56.

1. Rechtsfolgen von Testverfahren

Schon ob überhaupt Testverfahren durchgeführt werden oder nicht, könnte Rechtsfolgen auslösen. Die Durchführung könnte beispielsweise eine Zulassungsvoraussetzung für eine Software sein.²⁹ Aber auch hier muss die innere Dynamik von Maschinellern Lernen beachtet werden: Die Pflicht zur Durchführung eines Tests ist nicht nur vor dem Einsatz einer Software zu fordern, sondern muss vor allem auch begleitend zu deren Einsatz bestehen, da sich eine diskriminierende Tendenz erst entwickeln kann.³⁰ Betrifft eine Entscheidung einen besonders relevanten Lebensbereich einer Person, müssten Tests umso häufiger durchgeführt werden.³¹

Rechtsfolgen können sich zudem auch auf das Ergebnis des Tests beziehen. Ein Testergebnis kann in einem konkreten Fall dazu führen, dass bestehende Antidiskriminierungsgesetze greifen. Offen ist, ob es zusätzlicher Antidiskriminierungsregelungen bedarf, da man an den Einsatz von Maschinellern Lernen andere Anforderungen stellen könnte als an einen Menschen.³² Ein Testergebnis könnte auch dazu führen, dass der Einsatz der lernenden Software untersagt wird. In diesem Bereich müsste ein klarer rechtlicher Rahmen bestehen.

2. Durchsetzung der Durchführung von Tests

Die Durchsetzung der Durchführung von Tests muss rechtlich abgesichert sein, um Rechtsschutz zu ermöglichen. Hier gibt es viele Ideen wie beispielsweise Testverfahren als Zulassungsvoraussetzung, als Zertifizierung, als Aufsichtsmaßnahme einer Behörde. Man könnte mit einer Haftung drohen, oder eine Beweislastumkehr zulasten der Verwender regeln, wenn Testverfahren nicht durchgeführt werden. Man könnte zivilrechtliche Ansprüche auf Durchführung von Tests regeln und Beschwerdestellen einrichten.³³

3. Anforderungen an Testverfahren

Rechtlich zu regeln sind letztlich auch die Qualität von Testverfahren und wie ein Verfahren ordnungsgemäß durchzuführen ist.

D) Fazit

Die Gefahr der systematischen Diskriminierung beim Einsatz von Maschinellern Lernen zur Bewertung von Menschen ist groß, besonders bei Massenverfahren, da dann eine große Anzahl an Menschen in kurzer Zeit betroffen ist. Bestehende Antidiskriminierungsgesetze sind anwendbar. Es muss jedoch gewährleistet werden, dass maschinelle Diskriminierung erkannt wird. Transparenz durch Offenlegung des Codes ist wenig hilfreich. „Explainable AI“ könnte – irgendwann in der Zukunft – eine Begründung der jeweiligen Entscheidung liefern. Sinnvoll sind vor allem Testverfahren, die Entscheidungen von lernenden Maschinen auf Diskriminierung überprüfen. Hier kann man einen rechtlichen Rahmen schaffen, um Schutz vor Diskriminierung zu gewährleisten. Und genau hier könnte sogar ein Vorteil gegenüber der „Blackbox“ Mensch zu sehen sein, der als einzelne diskriminierende Person eventuell nie auffällig wird, dessen in-

tere Beweggründe Testverfahren nicht zugänglich sind. Angenommen, es bestünden rechtliche Regelungen, die die Durchführung effektiver Testverfahren der eingesetzten Systeme sicherten: Wäre die Diskriminierung durch Maschinelles Lernen dann nicht sogar „besser“ als menschliche Diskriminierung? Wäre eine diskriminierende Maschine einem diskriminierenden Menschen vielleicht sogar vorzuziehen, da sie leichter zu kontrollieren ist? Oder sind es doch die menschlichen Entscheidungen, die trotz ihrer eigenen Fehlbarkeit vorteilhafter sind? Ein Mensch ist schließlich flexibel und lässt sich mit Kriterien überzeugen, die eine Software nicht registrieren kann.

► Inhaltsverzeichnis



²⁹ Gesellschaft für Informatik e.V., Ibid., S. 147.

³⁰ Gesellschaft für Informatik e.V., Ibid., S. 150.

³¹ Gesellschaft für Informatik e.V., Ibid., S. 150.

³² Gesellschaft für Informatik e.V., Ibid., S. 151; zu beachten ist hierbei, dass Tests das Vorliegen einer Diskriminierung eher nahelegen, als es bei

menschlichen Entscheidungen der Fall ist. Kriterien, wann eine vermutete Diskriminierung erheblich ist, müssten bestimmt werden.

³³ Ausführlich dazu Gesellschaft für Informatik e.V., Ibid., S. 155 ff.

BEITRAG

Prof. Dr. Matthias Müller*

Gemeinderatssitzungen per Video

Zur Neuregelung des § 37a GemO

Gliederung

Abstract

A) Gesetzliche Grundlage

B) Voraussetzungen

- I Ermöglichung einer Videokonferenz
- II. Gegenstände einfacher Art
- III. Gegenstände, die nicht „einfacher Art“ sind
- IV. Keine Wahlen
- V. Einhaltung der technischen Anforderungen und datenschutzrechtlichen Bestimmungen
- VI. Übertragung in einen öffentlich zugänglichen Raum
- VII. Hauptsatzungsregelung
- VIII. Zuständigkeit
- IX. Weitergehende Aspekte

C) Fazit

Abstract

Am 7. Mai 2020 hat der Landesgesetzgeber die Änderung der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (GemO) beschlossen und damit den Weg für Gemeinderatssitzungen via Video geebnet. Der nachfolgende Beitrag erläutert die gesetzliche Neuerung und deren Auswirkungen für die Praxis.

Im Zusammenhang mit der Corona-Krise hat der Landtag Baden-Württemberg die Tür zu einer neuen Ära der Gemeinderatssitzung geöffnet. So ermöglicht es der neu in die GemO aufgenommene § 37a fortan, Gemeinderatssitzungen mit den Mitteln der Videokonferenz durchzuführen.

A) Gesetzliche Grundlage

Gesetzliche Grundlage für die Durchführung von Gemeinderatssitzungen, bei denen sich Gemeinderäte und Bürgermeister nicht mehr in ein und demselben Sitzungsraum befinden, ist § 37a GemO. Absatz 1 der Vorschrift lautet:

Durch die Hauptsatzung kann bestimmt werden, dass notwendige Sitzungen des Gemeinderats, ohne persönliche Anwesenheit der Mitglieder im Sitzungsraum durchgeführt werden können; dies gilt nur, sofern eine Beratung und Beschlussfassung durch zeitgleiche Übertragung von Bild und Ton mittels geeigneter technischer Hilfsmittel, insbesondere in Form einer Videokonferenz, möglich ist. Dieses Verfahren darf bei Gegenständen einfacher Art gewählt werden; bei anderen Gegenständen darf es nur gewählt werden, wenn die Sitzung andernfalls aus schwerwiegenden Gründen nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden könnte. Schwerwiegende Gründe liegen insbesondere vor bei Naturkatastrophen, aus Gründen des Seuchenschutzes, sonstigen außergewöhnlichen Notsituationen oder wenn aus anderen Gründen eine ordnungsgemäße Durchführung ansonsten unzumutbar wäre. Bei öffentlichen Sitzungen nach Satz 1 muss eine zeitgleiche Übertragung von Bild und Ton in einen öffentlich zugänglichen Raum erfolgen.

* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Kommunalrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg

¹ Aker/Hafner/Notheis, Gemeindeordnung Baden-Württemberg, 2. Auflage 2019, § 37 Rn. 14.

B) Voraussetzungen

I. Ermöglichung einer Videokonferenz

Die Beschlussfassung des Gemeinderats war bislang durch die gemeinsame Teilnahme von Gemeinderäten und Bürgermeister in einer Sitzung im Sinne einer körperlichen Präsenz geprägt. Dementsprechend verlangt § 37 Abs. 2 GemO für die Beschlussfähigkeit die *Anwesenheit* von mindestens der Hälfte aller Mitglieder des Rates (§ 37 Abs. 2 GemO). Dabei wurde das Merkmal der Anwesenheit zutreffend als ein Aufhalten im Sitzungssaal verstanden.¹ § 37a GemO erlaubt es nun, hiervon abzuweichen. Erste Voraussetzung ist, dass eine *„Beratung und Beschlussfassung durch zeitgleiche Übertragung von Bild und Ton mittels geeigneter technischer Hilfsmittel, insbesondere in Form einer Videokonferenz, möglich ist“* (§ 37a Abs. 1 Satz 1, 2. HS GemO). Angesprochen ist hier die Kommunikation unter den Mitgliedern des Gemeinderates selbst und nicht die nach Außen, hin zu möglichen Zuhörern. Während der Video-Sitzung müssen die Räte und der Bürgermeister in der Lage sein, sich wechselseitig zu sehen und zu hören. Alleine eine Zuschaltung einzelner Mitglieder via Telefon war dem Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung nicht ausreichend: *„Eine Sitzung ohne Bildübertragung (etwa eine reine Telefonschaltkonferenz, bei der eine Identifikation der beteiligten Personen nicht zweifelsfrei möglich ist) ist danach – auch mit Blick auf den Öffentlichkeitsgrundsatz – nicht zulässig.“*²

Bereits hier dürften die ersten Probleme der Praxis auftauchen. Wer Erfahrung mit Videokonferenzen hat, weiß, dass eine solche in einem kleinen Teilnehmerkreis meist unproblematisch mit ständiger Ton- und Bildpräsenz durchgeführt werden kann. Wird der Teilnehmerkreis größer, kann es schnell unübersichtlich werden. Schon bei einer Gemeinderatsgröße von 20 Mitgliedern und mehr ist es schwierig, die dem Gesetzgeber wichtige Einbeziehung von „Mimik und Gestik“³ sicherzustellen. Hier wird darauf zu achten sein, dass zumindest der jeweils aktuelle Redner deutlich zu erkennen ist. Genügt die Leistungskraft der Übertragungswege nicht, um eine durchgängige Zuschaltung aller Teilnehmer sicherzustellen (z.B. mangels ausreichender Übertragungsrate), liegen die Voraussetzungen des § 37a GemO nicht vor.

II. Gegenstände einfacher Art

Zulässig ist die Gemeinderatssitzung per Videokonferenz zunächst bei der Beratung und Beschlussfassung über Gegenstände einfacher Art. Hier knüpft der Gesetzgeber an die bekannte Regelung des § 37 Abs. 1 Satz 2 GemO an. Bereits bislang

² ▶LT-DS 16/8027, S. 7.

³ Ibid.

war es zulässig, über „Gegenstände einfacher Art [...] im Wege der Offenlegung oder im schriftlichen oder elektronischen Verfahren“ zu beschließen. Als Gegenstände einfacher Art gelten im Wesentlichen solche, die von geringer Bedeutung sind. Eine Beratung oder Erläuterung muss regelmäßig entbehrlich sein.⁴ Vor diesem Hintergrund bringt § 37a GemO also keine wesentliche Verbesserung, da in diesen Fällen bereits bislang die Beschlussfassung auf schriftlichem oder elektronischem Wege – und damit außerhalb von regulären Gemeinderatssitzungen – zulässig war. Zu beachten ist, dass es sich bei der Frage danach, ob eine Angelegenheit „einfacher Art“ ist, um eine reine rechtliche handelt, die in vollem Umfang gerichtlich überprüft werden kann.⁵

III. Gegenstände, die nicht „einfacher Art“ sind

Soll eine Gemeinderatssitzung ohne persönliche Anwesenheit der Mitglieder stattfinden und bei dieser nicht nur „Gegenstände einfacher Art“ beraten und beschlossen werden, ist dies nur möglich, wenn die Sitzung andernfalls aus schwerwiegenden Gründen nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden könnte.

Wann ein schwerwiegender Grund vorliegt, wurde vom Gesetzgeber nicht abschließend definiert. Anhaltspunkte ergeben sich jedoch aus der „Insbesondere-Regelung“ des § 37a Absatz 1 Satz 3 GemO. Zu den schwerwiegenden Gründen gehören demnach Naturkatastrophen, Gründe des Seuchenschutzes und sonstige außergewöhnliche Notsituationen. Auch gehören dazu „andere Gründe“, bei deren Vorliegen eine ordnungsgemäße Durchführung der Sitzung „unzumutbar“ wäre. Welche Anforderungen an das Merkmal der Unzumutbarkeit zu stellen sind, regelt der Gesetzgeber nicht. Eröffnet werden soll hier vermutlich eine Art Abwägung, in der die Interessen der Gemeinde, der Mitglieder des Gemeinderats und der Öffentlichkeit einzustellen sind. Am Ende ist auch dieses Merkmal – gerade wie die anderen schwerwiegenden Gründe auch – voll gerichtlich überprüfbar.

Beachtet werden muss zudem, dass es gerade der schwerwiegende Grund sein muss, der eine nicht ordnungsgemäße Durchführung der Gemeinderatssitzung unmöglich oder unzumutbar macht. Mit anderen Worten: gerade die Naturkatastrophe, die Maßnahme des Seuchenschutzes etc. muss die Zusammenkunft der Mitglieder des Gemeinderats im Ratssaal unmöglich oder unzumutbar machen. Beachtet man aber, dass bei öffentlichen Sitzungen eine zeitgleiche Übertragung von Bild und Ton in einen öffentlich zugänglichen Raum erfolgen muss (dazu sogleich noch unten), wird man sich fragen, welche Situationen eine öffentliche Sitzung per Videokonferenz dann noch möglich machen. Eine Naturkatastrophe, die eine ordnungsgemäße Gemeinderatssitzung unmöglich macht, aber gleichzeitig eine Videoübertragung in einen öffentlich zugänglichen Raum zulässt?

Selbst in Zeiten von Corona wird sich jeder Bürgermeister die Frage stellen müssen, welchen Vorteil eine Video-Gemeinderatssitzung nach Maßgabe des § 37a GemO bringt, wenn gleichzeitig eine Übertragung in einen öffentlich zugänglichen Raum gewährleistet sein muss, wo die Regelungen zu Abstandsgebo-

ten und Kontaktbeschränkungen eingehalten und von der Gemeinde garantiert werden müssen. Anders mag dies bei nichtöffentlichen Sitzungen sein. Hier können eine Beratung und Beschlussfassung via Videokonferenz durchaus sinnvoll – weil effizienter – sein. Doch auch hier gilt: handelt es sich nicht um einen Beratungsgegenstand einfacher Art, ist auch die nichtöffentliche Sitzung via Videokonferenz nur möglich, wenn schwerwiegende Gründe einer ordnungsgemäßen Sitzung entgegenstehen.

IV. Keine Wahlen

Ausdrücklich ausgenommen von der Möglichkeit einer Videositzung sind Wahlen (§ 37a Abs. 2 Satz 2 GemO). Diese Einschränkung war aus Sicht des Gesetzgebers nötig, weil Wahlen grundsätzlich geheim stattfinden (§ 37 Abs. 7 GemO) und die Geheimhaltung – so die Gesetzesbegründung – in einer Videokonferenz nicht gewährleistet werden könne.⁶ Ob dem tatsächlich so ist, darf getrost bezweifelt werden.

V. Einhaltung der technischen Anforderungen und datenschutzrechtlichen Bestimmungen

Schließlich hat die Gemeinde sicherzustellen, dass die technischen Anforderungen und die datenschutzrechtlichen Bestimmungen für eine ordnungsgemäße Durchführung der Sitzung einschließlich Beratung und Beschlussfassung eingehalten werden. Diese Verpflichtung hat zwei Ausprägungen. Die Pflicht zur „Einhaltung“ der technischen Anforderungen durch die Gemeinde dürfte in dem Sinne zu verstehen sein, dass sie die Ratsmitglieder mit dem entsprechenden technischen Equipment auszustatten hat, damit diese an einer Video-Sitzung teilnehmen können. In vielen Fällen dürfte dies unproblematisch sein, da Gemeinden seit Jahren dazu übergegangen sind, ihre Gemeinderäte mit Tablets o.ä. auszustatten, um so die papierfreie Kommunikation zu stärken. Im Übrigen steht es im Ermessen der Gemeinde, eine Ausstattung der Ratsmitglieder zu beschließen, möchte sie von § 37a GemO Gebrauch machen. Einen Rechtsanspruch eines einzelnen Ratsmitglieds auf Ausstattung mit technischem Equipment wird sich indes jedenfalls solange nicht aus § 37a Abs. 2 GemO ableiten lassen, solange die Gemeinde auf die Durchführung von Video-Sitzungen verzichtet. Daneben ist die Gemeinde zur Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen verpflichtet, was sich z.B. auf die Datensicherheit bei der Nutzung von Videokonferenzdiensten bezieht.

VI. Übertragung in einen öffentlich zugänglichen Raum

Werden öffentliche Sitzungen im Wege der Videokonferenz abgehalten, muss die Gemeinde diese zeitgleich per Ton und Bild in einen öffentlich zugänglichen Raum übertragen. An die Auswahl des Raumes werden die gleichen Maßstäbe anzulegen sein wie an die Auswahl des Sitzungssaales bei normalen Gemeinderatssitzungen. Der Raum muss also im Gemeindegebiet liegen, allen Interessierten zugänglich sein und ausreichend Platz für die zu erwartenden Zuhörer bieten.⁷ Hinzutreten können im Einzelfall noch weitere Anforderungen, etwa – wie aktuell –

⁴ Brenndörfer, in: Dietlein/Pautsch, BeckOK Kommunalrecht B.-W., 9. Ed. (01.04.2020), § 37 GemO Rn. 2.

⁵ Aker/Hafner/Notheis, Gemeindeordnung Baden-Württemberg, 2. Auflage (2019), § 37 Rn. 8.

⁶ ▶LT-DS 16/8027, S. 8.

⁷ Brenndörfer, in: Dietlein/Pautsch, BeckOK Kommunalrecht B.-W., 9. Ed. (01.04.2020), § 35 GemO Rn. 4.

durch besondere Abstandsgebote etc. Eine Übertragung der Gemeinderatssitzung ins Internet ist nicht geeignet, das Merkmal der Übertragung in einen öffentlich zugänglichen Raum zu erfüllen. Dies ergibt sich aus der Gesetzesbegründung.⁸

VII. Hauptsatzungsregelung

Generell erfordert eine Durchführung von Video-Gemeinderatssitzungen einer Hauptsatzungsregelung. Mit Blick auf die aktuelle Situation hat der Gesetzgeber dieses Erfordernis aber bis zum Ablauf des Jahres 2020 ausgesetzt. Dennoch wird jede Gemeinde, die sich die Option der Video-Sitzung offenhalten möchte, gut beraten sein, dies möglichst rasch umzusetzen. Inhaltlich wird sich die Hauptsatzungsregelung im Wesentlichen darauf beschränken, dass Gemeinderatssitzungen per Videokonferenz zulässig sind und hierfür die üblichen, auch für normale Gemeinderatssitzungen geltenden Formalia einzuhalten sind (Ladung, Bekanntgabe etc.). Eine detaillierte inhaltliche Ausgestaltung (z.B. wohin die öffentliche Übertragung stattfindet, welches Videosystem eingesetzt wird etc.) wird nicht sinnvoll sein.

VIII. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit für die Entscheidung, ob die Voraussetzungen für eine Gemeinderatssitzung via Videokonferenz vorliegen, liegt beim Bürgermeister. Dies lässt sich damit begründen, dass er die generelle Einberufungskompetenz für die Gemeinderatssitzungen hat.⁹

IX. Weitergehende Aspekte

Bezüglich der Einberufung der Video-Gemeinderatssitzung, der Mitteilung der Tagesordnungspunkte, der Anforderungen an die zu übersendenden Unterlagen und an die Ladungsfristen gelten die allgemeinen Anforderungen des § 34 Abs. 1 Satz 1 GemO. Unterschiede zu einer normalen Gemeinderatssitzung ergeben sich nicht. Dies gilt auch für die Information der Öffentlichkeit über Zeit, den öffentlich zugänglichen Ort und Tagesordnung der Sitzung (§ 34 Abs. 1 S. 7 GemO). Auch die Verhandlungsleitung, die Feststellung der Beschlussfähigkeit und die Beschlussfassung selbst folgen den Vorschriften für die normale Gemeinderatssitzung. Ein in der Praxis nicht besonders häufig auftretendes Sonderproblem könnte sich stellen, wenn – entgegen dem gesetzlichen Leitbild – in der Video-Sitzung eine geheime Abstimmung beantragt und sodann beschlossen wird. Eine geheime Abstimmung ist zumindest dann zulässig, wenn gewichtige Gründe dies erforderlich machen.¹⁰ Geht man mit dem Gesetzgeber davon aus, dass eine geheime Wahlen in einer Video-Gemeinderatssitzung nicht durchgeführt werden dürfen, weil die Geheimhaltung nicht gewährleistet werden kann, spricht dies für eine generelle Unzulässigkeit geheimer Abstimmungen in solchen Veranstaltungen. Der Gemeinderat wird den Tagesordnungspunkt, für den geheime Abstimmung beschlossen wurde, daher in eine normale Gemeinderatssitzung vertragen müssen.

Einer gesonderten Betrachtung in Bezug auf Video-Gemeinderatssitzungen bedürfen Sachverhalte, die bei einzelnen Mitgliedern eine Befangenheit auslösen können. Innerhalb einer normalen Gemeinderatssitzung entscheidet in Zweifelsfällen der Gemeinderat, ob ein Ausschließungsgrund vorliegt. Wird dies bejaht, darf der Gemeinderat bei öffentlichen Sitzungen nicht am Ratstisch verbleiben, sondern muss sich in den Zuschauerraum begeben. Hierdurch soll eine unbeeinflusste Beratung gewährleistet und jeglicher böse Schein vermieden werden.¹¹ Diese Maßstäbe lassen sich nicht auf die Video-Gemeinderatssitzung übertragen. Wollte man dies versuchen, wäre der Befangene aus dem virtuellen Konferenzraum zu verweisen. Damit wäre sodann aber der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht mehr gewahrt, weil dieser Gemeinderat realiter kaum mehr die Chance hätte, den öffentlich zugänglichen Zuschauerraum aufzusuchen, um dort die weitere Sitzung zu verfolgen. Belässt man ihn im virtuellen Konferenzraum, ist § 18 Abs. 5 GemO nicht gewahrt, weil er die Sitzung nicht verlassen hat. In streitigen Fällen sollte daher versucht werden, einen Mittelweg zu beschreiten, in dem man den Befangenen im virtuellen Raum belässt, ihm der Vorsitzende aber die Möglichkeit entzieht, sich aktiv in die Sitzung einzubringen (z.B. durch Sperrung seines Mikrofons). Ob die Rechtsprechung ein solches Vorgehen mitträgt, wird sich erst noch erweisen müssen.

Eine kurze Betrachtung ist schließlich noch das Verhältnis von § 37a GemO zu der Eilentscheidungskompetenz des Bürgermeisters wert. Bislang wird bereits zu Recht vertreten, dass in Zeiten moderner Kommunikationsmittel die Voraussetzungen für eine Eilentscheidung durch den Bürgermeister nur äußerst selten gegeben sein dürften.¹² Gelangt an Bürgermeister künftig an den Punkt, an dem er ernsthaft über eine Eilentscheidung nachdenkt, wird er die Möglichkeit einer form- und fristlos einberufenen Gemeinderatssitzung via Videokonferenz mit in Betracht ziehen müssen.

C) Fazit

§ 37a GemO schafft in begrenztem Umfang die Möglichkeit, Gemeinderatssitzungen per Videokonferenz durchzuführen. Aufgrund der engen tatbestandlichen Voraussetzungen kann diese neu eröffnete Möglichkeit aber nur eine Notlösung sein. Einen radikalen Wechsel von der normalen, im Ratssaal stattfindenden und öffentlich zugänglichen Sitzung hin zu Videositzungen hat der Gesetzgeber damit – wohl bewusst – nicht vollzogen.

► Inhaltsverzeichnis



⁸ LT-DS 16/8027, S. 7; dort ist ausgeführt, dass die Übertragung ins Internet nur „zusätzlich“ erfolgen könne.

⁹ Aker/Hafner/Notheis, Gemeindeordnung Baden-Württemberg, 2. Auflage (2019), § 37 Rn. 14; Brenndörfer, in: Dietlein/Pautsch, BeckOK Kommunalrecht B.-W., 9. Ed. (01.04.2020), § 37 GemO Rn. 2.

¹⁰ Aker/Hafner/Notheis, Gemeindeordnung Baden-Württemberg, 2. Auflage (2019), § 37 Rn. 30; Brenndörfer, in: Dietlein/Pautsch, BeckOK Kommunalrecht B.-W., 9. Ed. (01.04.2020), § 37 GemO Rn. 19.

¹¹ Aker/Hafner/Notheis, Gemeindeordnung Baden-Württemberg, 2. Auflage (2019), § 18 Rn. 30.

¹² Behrendt, in: Dietlein/Pautsch, BeckOK Kommunalrecht B.-W., 9. Ed. (01.04.2020), § 43 GemO Rn. 31 mwN.



KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

KLAUSUR – ZIVILRECHT

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)*

„Ein Unfall in Österreich kommt selten allein“ Schwerpunktbereichsklausur

Sachverhalt

Markus Heinz (MH) ist Jurist und besucht am 16.01.2020 erstmals seinen Bruder Paul Heinz (PH) in der BG Unfallklinik Frankfurt-Seckbach. Dorthin war PH am 14.01.2020 per Krankentransport aus den Salzkammergut-Kliniken Bad Ischl/Österreich überführt worden. Zuvor hatte PH am 09.01.2020 beim Winterurlaub mit seiner Frau und den drei gemeinsamen Kindern auf der Rodelbahn Karkogel in Abtenau/Österreich einen Rodelunfall erlitten. PH schildert seinem Bruder MH den Unfallhergang wie folgt: Die Familie sei nach dem Ausleihen von fünf Holzrodelschlitten mit dem Pistenlift für die Ski- und Rodelpiste nach oben auf den Berg gefahren. Ski- und Rodelpiste lägen nebeneinander und seien räumlich über Markierungen voneinander getrennt. Eine Absperrung zwischen den beiden Pisten soll es im letzten Winter gegeben haben, diesen Winter aber nicht mehr. Der 10-jährige Sohn von PH kam aufgrund einer vorhandenen Spurung mit seinem Schlitten von der Rodelpiste auf die Skipiste ab. PH fuhr als besorgter Vater hinterher. Während der Sohnmann wieder nach rechts auf die Rodelpiste zurückfahren konnte, gelang dies seinem Vater nicht. Auch das Bremsen mit den Füßen funktionierte bei PH aufgrund starker Vereisung der Skipiste nicht. Die Abfahrt wurde nun immer steiler, bis die Hauswand eines Hotels vor PH auftauchte. Mit Tempo 40 Km/h prallte PH nun gegen diese Hauswand. Um Verletzungen am Kopf und Oberkörper zu verhindern, hob PH im letzten Moment reflexhaft die Füße an, so dass diese zunächst den Aufprall abbekamen. Folge dessen war der Bruch beider Füße (Fersenbein bzw. Sprunggelenk). PH musste mehrfach operiert werden und wird für ca. vier Monate arbeitsunfähig sein. Außerdem muss er den zerstörten Rodelschlitten zahlen (100 Euro) und für die Schäden an der Hauswand des Hotels aufkommen (1.200 Euro).

Einer von PHs Zimmergenossen im Dreibettzimmer der BG-Unfallklinik, Heino Friedrich (HF), erzählt MH gleich auch noch seine Geschichte. Er habe im Skigebiet Bludenz/Österreich einen Skiunfall erlitten. Dabei sei er von der Hauptspur abgekommen. Dann sei plötzlich ein Pfosten vor ihm aufgetaucht, an dem typischerweise Pistenraupen festgemacht werden. Ein warnendes Flatterband ö.ä. habe es nicht gegeben. Sein rechtes Bein und Kniegelenk sei mehrfach gebrochen. Nach mehreren Operationen werde er beruflich wohl für ca. ein Jahr ausfallen.

Der dritte Mann im Zimmer, Klaus Kilian (KK), erzählt, dass auch er im Skigebiet Bludenz/Österreich einen Skiunfall erlitten habe. Dabei sei er über eine Schneeverwehung am Pistenrand als eine Art Schanze gesprungen, woraufhin er in den deutschen Skifahrer Adalbert Müller (AM) hineinkrachte, der in mäßigem

Tempo den Hang hinabfuhr und bei dem Crash unverletzt blieb. KK hat schwere Hüftverletzungen und bleibt voraussichtlich für sechs Monate berufsunfähig.

Alle drei Patienten wollen klagen, und zwar auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. Sie fragen MH, welche Chancen bestehen und wo sowie gegen wen man überhaupt klagen könnte.

Die AGBs der Skiregion Dachstein West¹ (der Zusammenschluss der Lift- und Pistenbetreiber in diesem Gebiet, darunter Abtenau) schließen die Haftung für Sach- und Vermögensschäden, die im Zusammenhang mit der Benutzung der Lift- und Pistenanlagen entstehen, im Fall der leichten Fahrlässigkeit aus. Durch die Verwendung eines gültigen Tickets kommt ein Beförderungs- und Pistenbenützungsvertrag mit den/dem jeweiligen Lift- bzw. Pistenbetreiber/n zustande. Mit der Verwendung eines gültigen Tickets unterwirft sich der Kunde den Verhaltensregeln des Internationalen Skiverbandes (FIS). Zum Gerichtsstand heißt es in den AGBs: „Es gilt österreichisches Recht (mit Ausnahme der Verweisungsnormen des internationalen Privatrechts sowie des UN-Kaufrechts). Als sachlich zuständiger Gerichtsstand gilt – soweit kein gesetzlich zwingender Gerichtsstand besteht – der Sitz des jeweiligen Lift- bzw. Pistenbetreibers“. In der Skiregion Bludenz sind keine AGBs ersichtlich, weder auf Ebene des konkreten Lift- und Pistenbetreibers noch auf Ebene der gesamten Skiregion.

Bitte prüfen Sie in einem Gutachten, was PH und HF und KK machen können!

Auf die umseitig auszugsweise abgedruckten Gesetzes-, Verordnungs-, und Regeltexte wird hingewiesen.

* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

¹ Nachzulesen unter: www.dachstein.at/winter/service/support/agbs/ (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).

Verordnungs-, Gesetzes- und Regeltexte (Auszüge):

A) Rom II-Verordnung (Rom II-VO)**Artikel 1***Anwendungsbereich*

(1) Diese Verordnung gilt für außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Sie gilt insbesondere nicht für Steuer- und Zollsachen, verwaltungsrechtliche Angelegenheiten oder die Haftung des Staates für Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen der Ausübung hoheitlicher Rechte („acta iure imperii“).

(2) Vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgenommen sind

- a) außervertragliche Schuldverhältnisse aus einem Familienverhältnis oder aus Verhältnissen, die nach dem auf diese Verhältnisse anzuwendenden Recht vergleichbare Wirkungen entfalten, einschließlich der Unterhaltspflichten;
- b) außervertragliche Schuldverhältnisse aus ehelichen Güterständen, aus Güterständen aufgrund von Verhältnissen, die nach dem auf diese Verhältnisse anzuwendenden Recht mit der Ehe vergleichbare Wirkungen entfalten, und aus Testamenten und Erbrecht;
- c) außervertragliche Schuldverhältnisse aus Wechseln, Schecks, Eigenwechsellern und anderen handelbaren Wertpapieren, sofern die Verpflichtungen aus diesen anderen Wertpapieren aus deren Handelbarkeit entstehen;
- d) außervertragliche Schuldverhältnisse, die sich aus dem Gesellschaftsrecht, dem Vereinsrecht und dem Recht der juristischen Personen ergeben, wie die Errichtung durch Eintragung oder auf andere Weise, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen, die persönliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person sowie die persönliche Haftung der Rechnungsprüfer gegenüber einer Gesellschaft oder ihren Gesellschaftern bei der Pflichtprüfung der Rechnungslegungsunterlagen;
- e) außervertragliche Schuldverhältnisse aus den Beziehungen zwischen den Verfügenden, den Treuhändern und den Begünstigten eines durch Rechtsgeschäft errichteten „Trusts“;
- f) außervertragliche Schuldverhältnisse, die sich aus Schäden durch Kernenergie ergeben;
- g) außervertragliche Schuldverhältnisse aus der Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte, einschließlich der Verleumdung.

Artikel 4*Allgemeine Kollisionsnorm*

(1) Soweit in dieser Verordnung nichts anderes vorgesehen ist, ist auf ein außervertragliches Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Schaden eintritt, unabhängig davon, in welchem Staat das schadensbegründende Ereignis oder indirekte Schadensfolgen eingetreten sind.

(2) Haben jedoch die Person, deren Haftung geltend gemacht wird, und die Person, die geschädigt wurde, zum Zeitpunkt des Schadenseintritts ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat, so unterliegt die unerlaubte Handlung dem Recht dieses Staates.

(3) Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass die unerlaubte Handlung eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen als dem in den Absätzen 1 oder 2 bezeichneten Staat aufweist, so ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen Staat könnte sich insbesondere aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis zwischen den Parteien — wie einem Vertrag — ergeben, das mit der betreffenden unerlaubten Handlung in enger Verbindung steht.

Artikel 5*Produkthaftung*

[...]

Artikel 6*Unlauterer Wettbewerb und den freien Wettbewerb einschränkendes Verhalten*

[...]

Artikel 7*Umweltschädigung*

[...]

Artikel 8*Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums*

[...]

Artikel 9*Arbeitskampfmassnahmen*

[...]

Artikel 14*Freie Rechtswahl*

(1) Die Parteien können das Recht wählen, dem das außervertragliche Schuldverhältnis unterliegen soll: a) durch eine Vereinbarung nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses; oder b) wenn alle Parteien einer kommerziellen Tätigkeit nachgehen, auch durch eine vor Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses frei ausgehandelte Vereinbarung. Die Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich mit hinreichender Sicherheit aus den Umständen des Falles ergeben und lässt Rechte Dritter unberührt.

Artikel 17*Sicherheits- und Verhaltensregeln*

Bei der Beurteilung des Verhaltens der Person, deren Haftung geltend gemacht wird, sind faktisch und soweit angemessen die Sicherheits- und Verhaltensregeln zu berücksichtigen, die an dem Ort und zu dem Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses in Kraft sind.

Artikel 27*Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten*

Diese Verordnung berührt nicht die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die für besondere Gegenstände Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse enthalten.

Artikel 28*Verhältnis zu bestehenden internationalen Übereinkommen*

(1) Diese Verordnung berührt nicht die Anwendung der internationalen Übereinkommen, denen ein oder mehrere Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt der Annahme dieser Verordnung angehören und die Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse enthalten.

(2) Diese Verordnung hat jedoch in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten Vorrang vor den ausschließlich zwischen zwei oder mehreren Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkommen, soweit diese Bereiche betreffen, die in dieser Verordnung geregelt sind.

B) ABGB Österreich (öABGB)**§ 1293***Schade*

Schade heißt jeder Nachtheil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.

§ 1294*Quellen der Beschädigung*

Der Schade entspringt entweder aus einer widerrechtlichen Handlung, oder Unterlassung eines Anderen; oder aus einem Zufalle. Die widerrechtliche Beschädigung wird entweder willkürlich, oder unwillkürlich zugefügt. Die willkürliche Beschädigung aber gründet sich theils in einer bösen Absicht, wenn der Schade mit Wissen und Willen; theils in einem Versehen, wenn er aus schuldbarer Unwissenheit, oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, oder des gehörigen Fleißes verursacht worden ist. Beydes wird ein Verschulden genannt.

§ 1295*Von dem Schaden aus Verschulden*

(1) Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.

(2) Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen.

§ 1311*Durch Zufall*

Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt; hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten; oder sich ohne Noth in fremde Geschäfte gemengt, so haftet er für allen Nachtheil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.

§ 1325*Bei Verletzungen an dem Körper*

Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten; ersetzt ihm den entgangenen, oder wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst und bezahlt ihm auf Verlangen überdieß ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.

C) FIS Pistenregeln**2. Beherrschung der Geschwindigkeit und der Fahrweise**

Jeder Skifahrer muss auf Sicht fahren. Er muss seine Geschwindigkeit und seine Fahrweise seinem Können und den Gelände-, Schnee- und Witterungsverhältnissen sowie der Verkehrsdichte anpassen.

6. Anhalten

Jeder Skifahrer muss es vermeiden, sich ohne Not an engen oder unübersichtlichen Stellen einer Abfahrt aufzuhalten. Ein gestürzter Skifahrer muss eine solche Stelle so schnell wie möglich freimachen.

Gliederung**A) Ansprüche von PH**

I. Vorliegen eines Sachverhalts mit Auslandsberührung

II. Anwendbarkeit materiellen Einheitsrechts

III. Anwendbarkeit von Kollisionsrecht

IV. Bestimmung des einschlägigen Kollisionsrechts

V. Bestimmung der einschlägigen Kollisionsnorm

1. Vorrangig anwendbare europarechtliche oder völkerrechtliche Kollisionsnormen?

2. Rechtswahl qua Parteivereinbarung

3. Spezielle Kollisionsnormen

4. Allgemeine Kollisionsnorm

VI. Anwendung der einschlägigen Kollisionsnorm

VII. Anwendung des maßgeblichen materiellen Rechts

VIII. Ergebnis

B) Ansprüche von HF**C) Ansprüche von KK**

I. Ansprüche gegen AM

II. Ansprüche gegen den Lift- und Pistenbetreiber

III. Ergebnis

D) Gesamtergebnis

Gutachten

Hinweis

Der Fall ist tatsächlich ein waschechter Fall aus dem Alltag, lediglich die Namen wurden ausgetauscht und aus klausurtaktischen Gründen um die Person KK erweitert. Eigentlich ein absoluter Standardfall, der dennoch nicht so leicht zu beantworten ist. Unfallkliniken sind übrigens voll von potenziellen Mandanten, für Rechtsanwältinnen eine echte Fundgrube für die Mandatsakquise.

A) Ansprüche von PH

Fraglich ist, auf Basis welcher Anspruchsgrundlage(n) PH überhaupt seine Ziele der Erlangung von Schadensersatz und Schmerzensgeld erreichen könnte. Um diese Ansprüche des materiellen Rechts allerdings überhaupt bestimmen zu können, muss aufgrund des grenzüberschreitenden Sachverhalts Deutschland/Österreich erst einmal bestimmt werden, welches materielle Recht überhaupt Anwendung findet, deutsches Recht oder österreichisches Recht.

Welches materielle Recht in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt Anwendung findet, richtet sich nach dem Internationalen Privatrecht (IPR). Ziel ist die Ermittlung der geeignetsten Rechtsordnung: Dabei geht es nicht um materielle Gerechtigkeit, sondern um räumliche Gerechtigkeit. Ferner soll in diesem Kontext auch der sog. Entscheidungseinklang² bei evtl. Bewertung desselben Sachverhalts durch Gerichte verschiedener Länder möglichst gewahrt sein.

Die IPR-Prüfung erfolgt dabei einem festen Schema:

I. Vorliegen eines Sachverhalts mit Auslandsberührung

Zunächst müsste überhaupt ein Fall mit Auslandsberührung vorliegen, vgl. Art 3 EGBGB aE. Dies ist vorliegend der Fall. Schließlich ist PH ein deutscher Staatsangehöriger, der in Österreich einen Unfall mit Sach- und Personenschäden erlitten hat.

II. Anwendbarkeit materiellen Einheitsrechts

Fraglich ist weiter, ob materielles Einheitsrecht angewendet werden müsste (zB. das UN-Kaufrecht – CISG). Dann bestünde ein Anwendungsvorrang dessen, vgl. Art. 3 Nr. 2 EGBGB. Vorliegend handelt es sich aber um keinen kaufrechtlichen Fall und auch anderweitig ist kein materielles Einheitsrecht in Sicht. Folglich scheidet die Anwendbarkeit materiellen Einheitsrechts aus.

III. Anwendbarkeit von Kollisionsrecht

Da somit ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, jedoch kein materielles Einheitsrecht einschlägig ist, muss über Kollisionsrecht bestimmt werden, welches nationale materielle Recht zur Anwendung kommt. Vorliegend kommt in Bezug auf den Rodelunfall lediglich die Anwendung entweder österreichischen oder deutschen Rechts in Betracht. Schließlich waren keine weiteren Dritten aus einem weiteren Staat beteiligt. Da es dann um etwaige zivilrechtliche Ansprüche von PH gegen den Lift- und

Pistenbetreiber geht, handelt es dann sich entweder um Ansprüche nach dem österreichischen ABGB (öABGB) oder dem deutschen BGB.

Nach Art. 3 EGBGB besteht das einschlägige Kollisionsrecht vorrangig in einer der hier aufgelisteten Verordnungen oder Vereinbarungen und nur nachrangig in den Vorschriften des 2. Kapitels des EGBGB. Dies ergibt sich insbesondere aus der Formulierung in Art. 3 EGBGB aE. „soweit nicht“.³ Zu den aufgelisteten Verordnungen und Vereinbarungen zählen dabei u.a. nach Art. 3 Nr. 1 a) EGBGB die sog. Rom II-VO über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht sowie nach Art. 3 Nr. 1 b) EGBGB die sog. Rom I-Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Grundsätzlich könnten vorliegend beide Verordnungen einschlägig sein. Denn PH könnte entweder einen Anspruch gegen den Lift- und Pistenbetreiber aus dem Beförderungsvertrag haben. Damit wäre die Rom I-Verordnung betroffen. Oder aber es könnte ein deliktischer Anspruch vorliegen. Dann wäre die Rom II-VO einschlägig.

IV. Bestimmung des einschlägigen Kollisionsrechts

In der Folge ist abzuwägen, ob eher die Rom I-Verordnung oder die Rom II-VO gilt. Denn das Verhältnis der beiden Verordnungen zueinander soll dem Willen des europäischen Gesetzgebers nach komplementär sein und rein aus europarechtlich-autonomer Sichtweise bestimmt werden.⁴ Die nationale Sichtweise, die zB. in Deutschland zu einer Anspruchskonkurrenz von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen führen kann, in anderen EU-Mitgliedstaaten aber strikt in einem Subsidiaritätsverhältnis solcher Ansprüche geregelt ist, soll dabei aus Gründen größtmöglicher gleichwertiger Verhältnisse (Entscheidungseinklang) außer Betracht bleiben.

Ski- und Rodelunfälle werden in Deutschland (aber auch in Österreich) typischerweise über das Deliktsrecht gelöst. Entscheidend hierfür ist vor allem, dass das Vertragsrecht eine Exkulpationsmöglichkeit bei Pflichtverletzungen durch den oder in der Verantwortung des Antragsgegner(s) bereithält. In Deutschland ist dies § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Zudem ist die Bestimmung/Auslegung der vertragsrechtlichen Pflichten und damit möglicher Pflichtverletzungen schwieriger als im Deliktsrecht, wo mit fest ausjudizierten Fallgruppen insbesondere von Verkehrssicherungspflichten agiert wird. Daher ist Deliktsrecht vorzugswürdig. Laut Erwägungsgrund (12) der Rom II-VO sollen von dieser Verordnung auch Haftungsfragen bei unerlaubten Handlungen erfasst sein. Ausdrücklich regelt in der Folge auch Art. 2 Abs. 1 Rom II-VO dass der Begriff des Schadens iSd. Verordnung sämtliche Folgen einer unerlaubten Handlung erfasst, so dass letztlich die Rom II-VO zur Anwendung kommt. Jedenfalls ist auch der sachliche Anwendungsbereich aus Art. 1 Rom II-VO einschlägig. Denn im vorliegenden Fall geht es nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Rom II-VO um außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht ver-

² Krebs, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (2019), S. 3; Sendmeyer, JURA 2011, 588 (589).

³ Ring/Olsen-Ring, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (2017), Rn. 4; Krebs, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (2019), S. 10.

⁴ Vgl. EuGH NZI 2014, 721; Rühl, in: Budzikiewicz/Weller/Wurmnest, Beck-OGK-Rom II-VO (01.12.2017), Art. 4 Rn. 21 ff.

schiedener Staaten aufweisen. Ferner sind keine sachlichen Ausnahmen vom Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 Rom II-VO erkennbar.

Hinweis

Dies stellt insbesondere für Studierende eine Abweichung von der Systematik dar, vertrags- und deliktrechtliche Ansprüche kumulativ nacheinander zu prüfen. Im Rahmen der IPR-Prüfung muss man sich stattdessen nach hM. entscheiden, was wohl für den Antragsteller am günstigsten ist. Dabei ist es aber auch möglich, dass Kollisionsnormen eine Rolle spielen, wonach zB. nach einer Kollisionsnorm deutsches Recht zur Anwendung kommt, nach einer anderen das Recht der Republik Österreich. Für den Rechtsanwalt etwa bedeutet dies, dass womöglich die fragliche Anspruchsgrundlage in Österreich mandantengünstiger ausgestaltet sein kann, die Anwendung deutschen Rechts aber wahrscheinlich geringere Prozesskosten verursacht, da keine Korrespondenzkanzlei in Österreich hinzugezogen werden muss. Damit würde das Prozesskostenrisiko verkleinert werden. Allerdings setzt diese Einschätzung zumindest eine gewisse Überblicksmöglichkeit über sämtliche in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen nach zwei Rechtsordnungen voraus, was wohl nur recht selten gewährleistet werden kann.

V. Bestimmung der einschlägigen Kollisionsnorm

Für die Bestimmung der einschlägigen Kollisionsnorm nach der Rom II-VO kommt es darauf an, ob es iSd. Art. 27 und Art. 28 Rom II-VO vorrangig anwendbare europa- oder völkerrechtliche Kollisionsnormen gibt, ob sich die Parteien im verneinenden Fall in zulässiger und wirksamer Weise auf das anwendbare Recht geeinigt haben, ob im verneinenden Fall eine der speziellen Kollisionsnormen der Art. 5 bis Art. 9 Rom II-VO einschlägig ist oder ob im verneinenden Fall sodann die allgemeine Kollisionsnorm Art. 4 Rom II-VO gilt.⁵

1. Vorrangig anwendbare europarechtliche oder völkerrechtliche Kollisionsnormen?

Fraglich ist zunächst, ob es iSd. Art. 27 oder und Art. 28 Rom II-VO vorrangig anwendbare europarechtliche oder völkerrechtliche Kollisionsnormen gibt.

Dafür ergeben sich vorliegend allerdings keine Anhaltspunkte.

2. Rechtswahl qua Parteivereinbarung

Weiterhin könnten die Parteien die Geltung eines bestimmten nationalen Rechts iSd. Art. 14 Rom II-VO miteinander vereinbart haben.

Dafür gibt es vorliegend allerdings ebenso keine Anhaltspunkte. Insbesondere hat PH nach dem Erwerb des Tickets mit dem Lift- und Pistenbetreiber nichts ausdrücklich vereinbart, was iSd. Art. 14 Rom II-VO aber regelmäßig erforderlich ist. Die einzige Ausnahme hierzu, wonach sich eine entsprechende Rechtswahl auch mit hinreichender Sicherheit aus den Umständen ergeben

kann⁶, erscheint ebenfalls nicht einschlägig. Ohnehin kommt allenfalls eine nachträgliche Rechtswahl in Frage, da eine vorherige Rechtswahl voraussetzt, dass beide Parteien einer kommerziellen Tätigkeit nachgehen, also nach deutschem Verständnis jeweils als Unternehmer anzusehen sind.⁷ Dies ist vorliegend aber nicht der Fall. Schließlich ist PH eine natürliche Person ohne kommerzielle Tätigkeit beim Abschluss des Beförderungsvertrags. Eine Rechtswahl qua Parteivereinbarung scheidet nach alledem insgesamt aus.

3. Spezielle Kollisionsnormen

Ferner könnte eine spezielle Kollisionsnorm der Rom II-VO gelten. Spezielle Kollisionsnormen sind die Art. 5 – 9 Rom II-VO für fehlerhafte Produkte, Wettbewerbsverletzungen, Immaterialgüterrechtsverletzungen, Umweltschädigungen, Arbeitskampfmaßnahmen sowie Verschulden bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*).

Hiervon ist auf den vorliegenden Sachverhalt jedoch nichts anwendbar.

4. Allgemeine Kollisionsnorm

Demnach kommt als maßgebliche Kollisionsnorm vorliegend einzig Art. 4 Rom II-VO in Betracht.

VI. Anwendung der einschlägigen Kollisionsnorm

Fraglich ist nun aber immer noch, ob im konkreten Fall deutsches oder österreichisches Deliktsrecht zur Anwendung kommt. Dies bestimmt sich danach, welcher der drei Absätze von Art. 4 Rom II-VO vorliegend einschlägig ist.

Hinweis

Art. 4 Rom II-VO enthält dabei folgende Staffelung: Allgemeine Kollisionsregel (Abs. 1); Spezielle Kollisionsregel (Abs. 2); Ausweichklausel (Abs. 3).

Grundsätzlich gilt nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO, dass für deliktische Ansprüche das materielle Recht desjenigen Staates anzuwenden ist, in dem der Schaden eingetreten ist (Recht des Tatorts). Genauer gesagt handelt es sich bei diesem Tatort um den Erfolgsort und damit nicht um den Handlungsort wie es in § 40 Abs. 1 Satz 1 EGBGB der Fall ist.⁸ Gerade bei Sportunfällen als sog. Platzdelikt soll an und für sich das Recht des Tatorts gelten.⁹ Vorliegend ist PH in Österreich an seiner Gesundheit geschädigt worden und auch die Sachschäden am Rodelschlitten und an der Hauswand sind in Österreich eingetreten. Damit würde also im Grundsatz österreichisches Deliktsrecht gelten.

Fraglich ist, ob Art. 4 Abs. 2 oder Abs. 3 Rom II-VO hiervon abweichende Erkenntnisse/Ergebnisse bringen.

Nach Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO gilt in Abweichung von Abs. 1, dass das Recht desjenigen Staates gilt, in dem Anspruchsteller/Geschädigter und Anspruchsgegner/Schädiger des deliktischen Anspruchs einheitlich ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (Recht des gemeinsamen Aufenthalts der Parteien). Unter

⁵ Vgl. *Junker*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2018), Art. 4 Rom II-VO Rn. 7 ff.; *Rühl*, in: Budzikiewicz/Weller/Wurmnest, BeckOGK-Rom II-VO (01.12.2017), Art. 4 Rn. 17.

⁶ *Rauscher*, IPR, 5. Aufl. (2017), § 10 Rn. 1411; *Thorn*, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), Art. 14 Rom II-VO Rn. 6.

⁷ *Picht*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. (2016), Art. 14 Rom II-VO Rn. 20; *Ring/Olsen-Ring*, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (2017), Rn. 293.

⁸ *Rauscher*, IPR, 5. Aufl. (2017), § 10 Rn. 1387; *Krebs*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (2019), S. 91.

⁹ *Junker*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2018), Art. 4 Rom II-VO Rn. 166; *Thorn*, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), Art. 4 Rom II-VO Rn. 26.

gewöhnlichem Aufenthalt lässt sich der Lebensmittelpunkt einer Person verstehen.¹⁰ Vorliegend wohnt PH in Deutschland, hat also hier seinen Lebensmittelpunkt und damit seinen gewöhnlichen Aufenthalt. Demgegenüber ist der Lift- und Pistenbetreiber offenkundig als Gesellschaft oder juristische Person handelnd, für deren gewöhnlichen Aufenthalt es nach Art. 23 Abs. 1 Rom II-VO auf den Ort ihrer Hauptverwaltung ankommt. Dieser Ort liegt in Österreich. Da somit zwei unterschiedliche Staaten des gewöhnlichen Aufenthalts vorliegen, findet Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO vorliegend keine Anwendung.

Womöglich bringt aber Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO ein zur Anwendung des Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO abweichendes Ergebnis. Dann müsste sich aus der Gesamtheit der Umstände ergeben, dass die unerlaubte Handlung eine offensichtlich engere Verbindung mit dem Recht eines anderen Staates aufweist, dessen Recht nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO zur Anwendung käme. Dies soll sich nach § 4 Abs. 3 Satz 2 Rom II-VO insbesondere aus einem bereits bestehenden, etwa vertraglichen Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ergeben können, welches mit der betreffenden unerlaubten Handlung in enger Verbindung steht. Mit der Regelung aus Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO wird jedenfalls ein größtmögliches Maß an Einzelfallgerechtigkeit bezweckt.¹¹ Zudem kann bei Vorliegen eines entsprechenden Rechtsverhältnisses ein Gleichlauf mit der Rom I-VO erreicht werden.¹²

Jedoch sind bei einer Auflockerung der bei Sportunfällen grundsätzlich geltenden Tatortregel nicht nur ein Umfeldvertrag zwischen den Parteien, sondern jegliche relevanten Umstände des Einzelfalls wie etwa auch der gewöhnliche Aufenthalt (persönliche Umstände) oder die Verhaltensregeln vor Ort (territoriale Umstände) zu beachten; zu letzteren können bei sachlicher Anwendbarkeit auch die FIS-Regeln zählen.¹³

Eine entsprechende vertragliche Regelung zwischen den Parteien iSd. Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO kann etwa dann vorliegen, wenn zwischen den Parteien ein Beförderungsvertrag abgeschlossen wurde, dessen Statut offensichtlich die deliktische Haftung von der grundsätzlichen Tatortregelung ablöst.¹⁴ Vorliegend hatte der Ticketkauf von PH durchaus zu einem kombinierten Beförderungs- und Pistennutzungsvertrag mit dem Lift- und Pistenbetreiber geführt. Jedoch hatte dieser lediglich einen nicht näher bezeichneten Vertragsinhalt, welcher mangels ausdrücklicher Regelung nicht über die sog. *essentialia negotii* hinausreichte.

Dies könnte jedoch dann anders sein, wenn die AGBs der Skiregion Dachstein West wirksam in das vorliegend relevante Vertragsverhältnis (Beförderungs- und Pistennutzungsvertrag) einbezogen worden wären und in Folge dessen von der Tatortregel Abstand genommen wurde. Vorliegend kann die Frage der wirksamen Einbeziehung und Geltung dieser AGBs jedoch dahinstehen. Denn selbst wenn dies der Fall sein sollte, so ist aus dem im Sachverhalt skizzierten Inhalt nicht erkennbar, dass von der Tatortregel abgewichen werden sollte.

Hinweis

Wenn es aber darauf ankäme, wäre höchst fraglich, ob die AGBs vorliegend wirksam einbezogen wurden. Da hier ein Deutscher mit einem österreichischen Lift- und Pistenbetreiber einen Beförderungs- und Pistennutzungsvertrag abgeschlossen hat, dürfte hier die spezielle Kollisionsregel für Beförderungsverträge nach Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO gelten. Dies führt zum Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Beförderers. Dieser gewöhnliche Aufenthalt liegt bei einer Gesellschaft oder juristischen Person nach Art. 19 Abs. 1 Rom I-VO am Ort der Hauptverwaltung der Beförderungsgesellschaft. Somit käme es auf österreichisches Recht an. Dort müssen die Vertragspartner die Geltung von AGBs vereinbaren, iSd. § 863 öABGB zumindest konkludent. Da es in Österreich aber auch Skigebiete mit Liften/Pisten ohne AGBs gibt, konnte PH beim Ticketerwerb nicht ohne weiteres von der planmäßigen Geltung von AGBs ausgehen. In der Folge kann dann aber nicht von einer zumindest konkludenten Vereinbarung iS. eines Wollenselements auf Ebene von PH ausgegangen werden.

Darüber hinaus lässt sich auch aus vor Ort geltenden Sicherheits- und Verhaltensregeln (vgl. Art. 17 Rom II-VO), darunter maßgeblichen FIS-Regeln, nichts anderes folgen. Damit gilt im vorliegenden Fall die Tatortregel des Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO.

VII. Anwendung des maßgeblichen materiellen Rechts

Nachdem die Tatortregel des Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO Anwendung findet und dieser Tatort in Österreich liegt, kommt es nicht auf § 823 Abs. 1 BGB, sondern insbesondere auf § 1293 öABGB an.

Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs nach den §§ 1293, 1325 öABGB ist ein Vermögensschaden und/oder immaterieller Schaden wie etwa Schmerzen. Dieser Schaden muss kausal durch das Verhalten des Schädigers verursacht worden sein. Die ebenfalls erforderliche Rechtswidrigkeit ergibt sich sodann aus einem Verstoß gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung oder gegen die guten Sitten. Dazu zählen nach § 1295 öABGB Schutzgesetze, Verträge, absolute Rechte und Verkehrssicherungspflichten. Schließlich muss der Schädiger regelmäßig schuldhaft iSd. § 1294 öABGB gehandelt haben.

Vorliegend stellt sich aber jedenfalls die entscheidende Frage, ob der Lift- und Pistenbetreiber tatsächlich Verkehrssicherungspflichten iSd. § 1311 öABGB (die sog. Pistensicherungspflicht) verletzt hat. Der Lift- und Pistenbetreiber ist in Österreich ebenso wie auch im deutschen Recht für geschaffene Gefahrenquellen insoweit verantwortlich, als dass er sicherstellen muss, dass niemand durch eine Gefahrenstelle verletzt wird. Der Lift- und Pistenbetreiber hat daher unter anderem z. B. dafür zu sorgen, dass die Pisten und Lifanlagen ordnungsgemäß gewartet, entsprechend gesichert und nötige Warnhinweise vor atypischen Gefahren vorhanden sind. Atypische Gefahren sind dabei solche Gefahren, mit denen der normale Benutzer nicht rechnen

¹⁰ v. Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (2007), § 5 Rn. 73; Krebs, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (2019), S. 15.

¹¹ Rühl, in: Budzikiewicz/Weller/Wurmnest, BeckOGK-Rom II-VO (01.12.2017), Art. 4 Rn. 2; Höhle, Die deliktische Grundanknüpfung im europäischen IPR und IZVR, 2011, S. 28 f.

¹² Vgl. Wenner, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. (2013), Rn. 224; Vogeler, Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse, 2013, S. 87.

¹³ OLG Brandenburg NJW-RR 2006, 1458; Thorn, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), Art. 4 Rom II-VO Rn. 26.

¹⁴ Rauscher, IPR, 5. Aufl. (2017), § 10 Rn. 140f; Rühl, in: Budzikiewicz/Weller/Wurmnest, BeckOGK-Rom II-VO (01.12.2017), Art. 4 Rn. 120.

muss. Die österreichischen (und Schweizer) Gerichte lehnen sich dabei bis heute an eine Grundsatzentscheidung des deutschen BGH¹⁵ an: Danach darf die Verkehrssicherungspflicht für Pisten nicht überspannt werden. Der Lift- und Pistenbetreiber schuldet regelmäßig nur die Gewährleistung einer sicheren Abfahrtsmöglichkeit, alles Übrige liegt in der Eigenverantwortung der abfahrenden Personen. Diese Eigenverantwortung findet alleine bei atypischen Gefahren eine Grenze, welche der Betreiber sodann absichern muss.

Fallbezogen ist festzuhalten, dass PH mit seinem Rodelschlitten jedenfalls vorsätzlich in denjenigen abgesperrten Pistenbereich gefahren ist, welcher für Skifahrer reserviert war. Für abgesperrte/nicht zur spezifischen Benutzung bestimmte Pistenteile trifft den Lift- und Pistenbetreiber aber keinerlei Haftung, sofern die Bereichsabtrennung für den Nutzer nur in irgendeiner Weise erkennbar war.¹⁶ Diese Erkennbarkeit etwa konkret für einen Rodler mit Blick auf die abgetrennte Skipiste schließt dann die Pflicht zur weiteren Abgrenzung durch den Betreiber etwa mithilfe von Bändern/Stangen etc. aus.¹⁷ So liegt der Fall hier. PH konnte zumindest die räumliche Trennung zwischen Rodel- und Skipiste wahrnehmen. Eine gesonderte Sperranlage musste der Betreiber des Lift- und Pistenbetriebs darüber hinaus nicht vorhalten. Selbst wenn man für das vorsätzliche Einfahren in die Skipiste einen sog. Herausforderungsfall annehmen wollte, indem PH als besorgter Vater lediglich seinem Sohn hinterherfuhr, so ergäbe sich auch hieraus nichts anderes. Denn auch der Sohn des PH hatte die Rodelpiste in unzulässiger Weise verlassen, so dass die Nacheile von PH hierdurch nicht gerechtfertigt wird. Dabei mag es zwar so sein, dass der Sohn des PH hierzu durch eine Spurung veranlasst wurde. Allerdings ist der Lift- und Pistenbetreiber nicht für ggf. durch andere Nutzer/Dritte verursachte Spurungen verantwortlich. Vielmehr kann und darf er sich darauf verlassen, dass Nutzer so langsam und vorsichtig fahren, dass ihnen eine etwaige Fremdspurung nicht zum Verhängnis wird. Auch der Einwand des schuldlosen Verhaltens des minderjährigen Sohns von PH würde dabei ehedem nicht verfangen, da die Pflicht zur vorsichtigen Abfahrt sich insoweit auf die minderjährige Kinder begleitenden Aufsichtspersonen verlagert, welche die vorsichtige Abfahrt Minderjähriger dann gewährleisten müssen.

VIII. Ergebnis

PH hat mangels einer erkennbaren Verletzung der Pistensicherungspflicht des Lift- und Pistenbetriebers gegen diesen keinerlei Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. Weitere potenzielle Anspruchsgegner sind zudem nicht erkennbar.

B) Ansprüche von HF

Fraglich ist, ob dann aber HF gegen „seinen“ Lift- und Pistenbetreiber Ansprüche wegen Schadensersatz und Schmerzensgeld haben könnte.

Der Fall liegt dem Grunde nach nicht anders als unter A). Allerdings muss hier nicht einmal im Ansatz geprüft werden, ob die

AGBs einen Schwenk von der Tatortregel des Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO zu Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO hervorrufen können. Denn AGBs gibt es im Zusammenhang mit HF offensichtlich nicht, weder auf Ebene des Lift- und Pistenbetriebers noch auf Ebene des gesamten Skigebiets.

Erneut gilt damit österreichisches Deliktsrecht. Und ebenso wie unter A) kommt es für Ansprüche des HF im Wesentlichen darauf an, ob der Lift- und Pistenbetreiber seine Pistensicherungspflicht verletzt hat oder nicht. Dabei steht erneut die Frage im Raum, ob es eine atypische Gefahrenlage gab oder nicht.

Der OGH der Republik Österreich hat jedenfalls in einem vergleichbaren Fall¹⁸ festgestellt, dass „künstlich geschaffene Hindernisse und Gefahrenquellen zwar zu entfernen oder doch so kenntlich zu machen sind, dass sie für den vernünftigen Durchschnittsfahrer auch bei schlechten Sichtverhältnissen keine besondere Gefahr bilden. Für die Art und den Umfang der Pistensicherungspflicht ist das Gesamtverhältnis zwischen der Größe und der Wahrscheinlichkeit der atypischen Gefahr sowie ihrer Abwendbarkeit einerseits durch das Gesamtverhalten eines verantwortungsbewussten Benutzers der Piste und andererseits durch den Pistenbetreiber mit nach der Verkehrsauffassung adäquaten Mitteln maßgebend. Nach einhelliger Auffassung sind dabei nur atypische Gefahren zu sichern, also solche Hindernisse, die der Skifahrer nicht ohne weiteres erkennen kann, und solche, die er trotz Erkennbarkeit nur schwer vermeiden kann. Bei Beurteilung der Frage, welche Maßnahmen der Pistenbetreiber zu treffen hat, ist auch auf die Zumutbarkeit Bedacht zu nehmen. Künstliche Hindernisse, die von weitem sichtbar und gut erkennbar sind, stellen regelmäßig kein atypisches Risiko dar. An diesen Vorgaben gemessen ist festzustellen, dass HF nicht mehr auf der Hauptspur befindlich war und im Pistenabseits sehr wohl etwa mit Befestigungspfosten für typisches Gerät wie Pistenraupen rechnen musste.¹⁹ Insofern stellen derartige Pfosten im Außenbereich der Piste kein atypisches Risiko dar. Es ist darüber hinaus auch nicht erkennbar, wie ein solcher Pfosten „plötzlich“ auftauchen kann. Vielmehr entspricht es wohl eher der Lebensrealität, dass ein besonnener Skifahrer im Einklang mit den FIS-Regeln 2 und 6 gerade abseits der Hauptspur langsam und mit einer derart angepassten Fahrweise gefahren wäre, die ihm sodann die Wahrnehmung von Hindernissen und das ggf. erforderliche Anhalten ermöglicht hätten.

Damit hat der Lift- und Pistenbetreiber im Verhältnis zu HF seine Pistensicherungspflicht nicht verletzt. HF hat demnach gegen diesen keinerlei Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. Weitere potenzielle Anspruchsgegner sind zudem nicht erkennbar.

C) Ansprüche von KK

KK wiederum könnte Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld sowohl gegenüber AM und/oder dem Lift- und Pistenbetreiber haben.

¹⁵ BGH NJW 1985, 620 ff.; daran im Anschluss in Österreich etwa OGH, Urteil vom 27. Februar 2017 – 6Ob30/17f; OGH ZfG 2018, 123 ff.; OGH ZfG 2019, 59 ff.; OGH, Urteil vom 17. Dezember 2019 – 2Ob109/19x.

¹⁶ Vgl. OGH ZVR 2015, 130 ff.; OGH ZVR 2017, 138 ff.; *Manhart/Manhart*, Österreichisches Skirecht, 2. Aufl. (2019), S. 138. In Deutschland läge der Fall der Rechtsprechung nach womöglich anders: Hier kann es zu den Verkehrssicherungspflichten des Betreibers bei einer gemischten Ski- und Rodelpiste

zählen, dass eine Abgrenzung durch fest verankerte Eisenstangen erfolgt, vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1991, 1435 ff.; *Sprau*, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), § 823 Rn. 211.

¹⁷ OGH, Urteil vom 23. Oktober 2012 – 10 Ob 39/12a.

¹⁸ OGH ZVR 2017, 75 ff.; ähnlich auch OGH ZVR 2018, 16 ff.

¹⁹ Ähnlich OGH, Urteil vom 26. April 2011 – 8 Ob 29 /11i zur Kollision mit einem ungesicherten Eisensteher abseits der Hauptpiste.

I. Ansprüche gegen AM

Im Verhältnis zu AM stellt sich erneut die Frage, welche Rechtsordnung überhaupt Anwendung findet, die deutsche oder die österreichische.

In Abwandlung zu A) und B) liegt hier ein Fall der speziellen Kollisionsregel des Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO vor. Zwei Staatsbürger ein und desselben Landes verunfallen miteinander in einem Drittstaat. Folge davon ist, dass die Tatortregel des 4 Abs. 2 Rom II-VO keine Anwendung mehr finden soll. Sachnäher erscheint es, dass sich die zwei deutschen Staatsbürger besser in ihrem Heimatland nach ihrer Rechtsordnung miteinander auseinandersetzen sollen.²⁰

Problematisch ist aber dann das Bestehen eines Anspruchs nach deutschem Deliktsrecht. Schließlich würden sowohl § 823 Abs. 1 BGB als auch § 823 Abs. 2 BGB iV. etwa mit § 229 StGB (fahrlässige Körperverletzung) voraussetzen, dass AM in irgendeiner Form pflichtwidrig gehandelt hat. Allerdings kann AM laut den Sachverhaltsangaben insoweit nichts vorgeworfen werden. Schließlich stand seine Pistenbenutzung im Einklang mit den FIS-Regeln. Wer aber den örtlichen Gegebenheiten/der Witterungslage nach angepasst und kontrolliert Ski fährt und dabei sämtliche FIS-Regeln beachtet, handelt jedenfalls nicht pflichtwidrig.²¹ Die FIS-Regeln gelten in den Alpenländern dabei als örtliches Gewohnheitsrecht, welches die Verhaltensregeln iSd. Art. 17 Rom II-VO am Tatort prägt.²² Selbst wenn dies anders wäre, so müsste dann zumindest das (erhebliche) Mitverschulden des KK berücksichtigt werden. Schließlich hat dieser eine Schneeverwehung als Sprungschanze genutzt, was mit Sicherheit kein angepasstes und kontrolliertes Skifahren darstellt und ein erhebliches Gefährdungsverhalten für sich und Dritte aufweist.

Im Ergebnis bestehen keinerlei Ansprüche des KK gegenüber AM auf Schadensersatz und Schmerzensgeld.

II. Ansprüche gegen den Lift- und Pistenbetreiber

Womöglich kann KK aber vom Lift- und Pistenbetreiber Schadensersatz und Schmerzensgeld beanspruchen.

Hier gilt wiederum über die Tatortregel des Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO österreichisches Recht. Es müsste insoweit wieder auf die Pistensicherungspflicht des Betreibers aus österreichischer Perspektive abgestellt werden. Die Schneeverwehung müsste dann als atypische Gefahrenquelle anzusehen sein. Daran bestehen hier aber Zweifel. Denn Schneeverwehungen treten im Gebirge geradezu typischerweise auf und Wintersportler sind sich einer solchen Gefahr stets bewusst. Zudem ist es dem Betreiber wie hier auch kaum zumutbar, fortwährend die Pistenränder auf Natureinwirkungen zu kontrollieren. Nach alledem dürfte bezüglich der Schneeverwehung anstatt von einer atypischen Gefahrenquelle vielmehr von einer typischen Gefahrenquelle auszugehen sein.

Daher bestehen auch keine Ansprüche des KK gegenüber dem Lift- und Pistenbetreiber auf Schadensersatz und Schmerzensgeld.

III. Ergebnis

Im Ergebnis kann KK von niemandem Schadensersatz und Schmerzensgeld beanspruchen.

D) Gesamtergebnis

Alle drei Patienten (PH, HF und KK) haben keinerlei Ansprüche in Bezug auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. Letzten Endes beruht der jeweilige Schadenseintritt auf der Verwirklichung einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung.

► Inhaltsverzeichnis



²⁰ Ausdrücklich bei der Kollision zweier deutscher Skifahrer in Österreich OLG Koblenz MDR 2011, 539 ff.; OLG München, Urteil vom 30. November 2016 – 3 U 2750/16.

²¹ Sprau, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), § 823 Rn. 212; Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 87 mwN.

²² OLG Hamm NJW-RR 2001, 1537; OLG Brandenburg NJW-RR 2006, 1558 (1559); OLG Koblenz MDR 2011, 539 ff.

KLAUSUR – STRAFRECHT

Dr. Ralf Dietrich*/Vanessa Kürner**

„... or die tryin“ Examensübungsklausur***

Sachverhalt

Die Anna Angostura (A), Inhaberin und Wirtin des Szenecclubs „Sekante Night“, sieht eines Tages, wie ihre beste Freundin Friederike Federweißer (F) in ihren Club kommt. In der Hand hält F die Tasche der A. Diese Tasche hatte die F von der A geliehen und will sie nun der A zurückbringen. F hängt die Tasche zunächst an die Garderobe. Sie will sie später der A mit Dank zurückgeben. A sieht dies, geht dabei aber davon aus, dass diese Tasche der F selbst gehöre und ihrer (A) eigenen vermissten Tasche lediglich ähnlich sehe. Denn A hatte ganz vergessen, ihre Tasche an F verliehen zu haben.

F ist nach ein paar Eierlikör zu faul, die Tasche der an der Theke vielbeschäftigten A persönlich zu übergeben. So lässt sie die Tasche einfach an der Garderobe mit dem Gedanken hängen, die A werde sich die Tasche schon in Kenntnis aller Umstände wieder nehmen. In der Folge torkelt sie fröhlich nach Hause, ohne die Tasche mitzunehmen. A geht davon aus, F habe die Tasche vergessen. Daher fordert sie den Stammgast Bert Bukowski (B), der ihr noch „einen Gefallen schuldig ist“ auf, ihr die Tasche von der Garderobe „zu besorgen“. Denn sie gönnt der F „deren“ Tasche nicht und will auch ihren eigenen vermeintlichen Verlust kompensieren. B, der auch davon ausgeht, es handele sich um die Tasche der F, entwendet diese in der Kneipe und händigt sie der A aus.

Am folgenden Tag bleibt B verkatert zu Hause, dabei sinnt er auch über seine allgemeine finanzielle Lage nach. Beim Studium seiner aktuellen Kontoauszüge stellt er hochofrenet fest, dass auf seinem Girokonto ein Betrag von 500.000 Euro gutgeschrieben wurde. Er erkennt sofort, dass es sich um einen Fehler handeln muss. Bevor der überraschende Liquiditätszuwachs wieder korrigiert werden kann, eilt B eilends zur Bank, löst sein Konto auf und lässt sich den gesamten Betrag in bar auszahlen.

Der als Kassierer bei der Bank Angestellte Claus Conto (C) erfährt von diesem nicht alltäglichen Vorgang. Ihm kommt die Sache seltsam vor und so stellt er Nachforschungen an, die zu dem Ergebnis führen, dass es sich um eine Fehlbuchung handeln muss. C beschließt jedoch, diesen Fehler seinem Arbeitgeber nicht zu melden, sondern auch etwas abzubekommen. Daher besucht C den B in dessen Wohnung und fordert ihn auf, „halbehalbe“ zu machen. Ansonsten würde C Strafanzeige erstatten. Der B geht zum Schein auf dieses Verlangen ein und verspricht, das gewünschte Geld am nächsten Abend dem C zu geben. B, dem nichts ferner liegt als zu teilen, beschließt nun, den C zu beseitigen. Während er den C genüsslich das Geld zählen lässt, schlingt er von hinten dem C eine mitgebrachte Klaviersaite

rasch um den Hals und würgt ihn. Er will so den C betäuben und den Bewusstlosen dann in einem nahe gelegenen Baggersee versenken. Er hofft, so eine Selbsttötung vortäuschen zu können. Der C erstickt jedoch versehentlich bereits durch das Würgen, was B jedoch nicht bemerkt.

B lädt daraufhin den – vermeintlich bewusstlosen, tatsächlich aber toten – C in den Kofferraum seines Autos, wartet bis es Mitternacht ist und schreitet so zu einer Wasserbestattung am Baggersee. B, nun bester Laune über den Geldgewinn und die so einfache Beseitigung des C, kehrt in seinen Stammclub „Sekante Night“ ein und betrinkt sich (BAK 1,7 ‰). Vom Tagesgeschehen und Alkohol beschwingt bietet B der A – die nie etwas trinkt – an, sie auf dem Nachhauseweg mit seinem „tiefen, breiten, schwarzen“ Kadett GSi mitzunehmen. As Wohnung liege ja auf seiner „Heimflugschneise“ – so schnell sei sie noch nie zu Hause angekommen. A willigt in freudiger Erwartung einer rasanten Heimfahrt ein. Beide gehen nach Clubschluss verabredungsgemäß zum Wagen. B flucht kurz laut, als er merkt, dass er alkoholbedingt den Kadett mehrmals abwürgt, dies ist ihm vor der A peinlich und er hofft, dies durch „männlich-markante“ Fahrweise kompensieren zu können. B setzt sich ans Steuer und rast so mit der fröhlichen A über die völlig leere Landstraße. Dabei kommt der Kadett einer Begrenzungsmauer äußerst nahe und A und B entgehen nur knapp einer Kollision, wovon die beiden jedoch nichts bemerken. Die ganze Fahrt über jauchzt die heitere A in jeder Kurve und treibt B zu immer schnellerem Fahren an: „Los! Gib Gas, ich will Spaß!“. A und B finden diese rasante Fahrt, bis B die A absetzt, einfach klasse. In der nächsten Nacht feiert B abermals den Geldgewinn mit Alkohol, er ist sich seiner alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit durchaus bewusst. Diesmal rast er aber allein nach Hause mit seinem Kadett (wieder BAK 1,7 ‰), wobei er bei einer Schleuderbewegung ein drei Meter langes Loch in die wunderschöne hunderte Meter lange dicht parallel zur Straße verlaufende Rosenhecke des Rosenzüchters R reißt. Dadurch entsteht an der Hecke ein Schaden von ca. 300 Euro. Davon bemerkt B jedoch nichts.

Wie haben sich A, B und C strafbar gemacht?

* Der Autor ist Richter am Amtsgericht, derzeit abgeordnet an das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg.

** Die Autorin ist Richterin beim Landgericht Stuttgart.

*** Als Vorlage diente der Klausur eine – überarbeitete und aktualisierte – Probeklausur im Examensrepetitorium der Universität Tübingen.

Gliederung

1. Tatkomplex – die Handtasche

A) Strafbarkeit des B

I. § 242 StGB (Diebstahl)

1. Objektiver Tatbestand
2. Ergebnis

II. §§ 242, 22 StGB (Versuchter Diebstahl)

1. Nichtvollendung
2. Tatentschluss
3. Unmittelbares Ansetzen
4. Rechtswidrigkeit und Schuld
5. Ergebnis

III. § 246 StGB (Unterschlagung)

1. Tatbestand
2. Ergebnis

IV. § 246, 22 StGB (versuchte Unterschlagung)

B) Strafbarkeit der A

I. §§ 242, 22, 26 StGB (Anstiftung zum versuchten Diebstahl)

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand
3. Rechtswidrigkeit und Schuld

II. Ergebnis

2. Tatkomplex: das Geschehen um die 500.000 Euro

A) Strafbarkeit des B

I. § 263 StGB (Betrug)

1. Objektiver Tatbestand
2. Ergebnis

II. §§ 263, 13 StGB (Betrug)

III. § 266 StGB (Untreue)

1. Missbrauchstatbestand
2. Treubruchtatbestand

IV. § 246 StGB (Unterschlagung)

B) Strafbarkeit des C

I. §§ 253, 22 StGB (versuchte Erpressung)

1. Versuchsstrafbarkeit und Nichtvollendung
2. Tatentschluss
3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB
4. Rechtswidrigkeit und Schuld
5. Ergebnis

II. §§ 259, 22 (versuchte Hehlerei)

1. Nichtvollendung und Strafbarkeit des Versuchs
2. Tatentschluss
3. Unmittelbares Ansetzen

III. §§ 266, 13 StGB (Untreue durch Unterlassen)

IV. § 263, § 13 StGB (Betrug durch Unterlassen)

3. Tatkomplex – die Beseitigung des C

A) § 212 StGB (Totschlag)

- I. Objektiver Tatbestand
- II. Subjektiver Tatbestand

B) §§ 211, 212, 22 StGB (Versuchter Mord)

I. Versuchsstrafbarkeit und Nichtvollendung

II. Tatentschluss

1. Grundtatbestand
2. Heimtücke
3. Verdeckungsabsicht
4. Habgier

II. Unmittelbares Ansetzen

III. Ergebnis

C) § 227 StGB (Körperverletzung mit Todesfolge)

I. Tatbestand

II. Erfolgsqualifikation

1. Todesfolge
2. Kausalität
3. Objektive Zurechnung und Tatbestandsspezifischer Gefährdungszusammenhang

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

V. Ergebnis

D) Konkurrenzen

4. Tatkomplex – die 1. Fahrt

A) Strafbarkeit des B:

I. §§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a) iVm. Abs. 3 Nr. 1 StGB (Gefährdung des Straßenverkehrs)

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Fahren auf öffentlicher Straße mit KfZ trotz Fahruntauglichkeit
 - b) Konkrete Gefährdung
 - aa) fremde Sache von bedeutendem Wert:
 - bb) Leib/Leben anderer:
 - c) Objektive Zurechnung:
2. Subjektiver Tatbestand
3. Rechtswidrigkeit

a) Einwilligung

aa) Disponibles Rechtsgut

- (1) Leib/Leben der A:
 - (2) allgemeine Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs
- bb) Einwilligungsfähigkeit- und Erklärung
cc) Keine Sittenwidrigkeit

b) Ergebnis

4. Ergebnis und Konkurrenzen

II. Ergebnis

B) Strafbarkeit der A

I. §§ 315 c I Nr. 1 lit. a) iVm. Abs. 3 Nr. 1, 27 StGB (Beihilfe zur Gefährdung des Straßenverkehrs)

1. Objektiver Tatbestand
2. Vorsatz
3. Rechtswidrigkeit und Schuld

II. §§ 315c, 25 Abs. 2 StGB oder §§ 316, 25 Abs. 2 StGB

III. §§ 316, 27 StGB (Beihilfe zur Trunkenheit im Verkehr)

5. Tatkomplex: die 2. Fahrt

A) §§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a) iVm. Abs. 3 Nr. 1 StGB (Gefährdung des Straßenverkehrs)

B) § 316 StGB

C) § 142 StGB

Konkurrenzen und Ergebnis

Gutachten

1. Tatkomplex – die Handtasche

A) Strafbarkeit des B

I. § 242 StGB (Diebstahl)

B könnte sich durch das Entwenden der Tasche und die Übergabe dieser an A des Diebstahls gemäß § 242 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Die Tasche ist eine fremde bewegliche Sache. Für B war sie auf jeden Fall fremd, denn die Tasche war nicht in seinem Eigentum.

Eine Wegnahme ist gegeben, wenn fremder Gewahrsam gebrochen und neuer (nicht notwendig tätereigener) Gewahrsam begründet wird und dies gegen/ohne den Willen des Berechtigten geschieht.¹

Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft.² F hat keinen Herrschaftswillen mehr im Zeitpunkt der Ansichnahme durch B. Wird die Sachherrschaft aufgegeben, so endet der Gewahrsam.³

Fraglich ist, ob sogleich neuer Gewahrsam entsteht. A hat zwar keinen Herrschaftswillen als Eigentümerin, da sie nicht um ihr Eigentum weiß. Sie könnte jedoch im Rahmen ihrer Eigenschaft als Clubinhaberin Gewahrsam erworben haben. Werden Sachen innerhalb eines räumlich umgrenzten Herrschaftsbereichs verloren oder aufgegeben, so entsteht zumeist neuer Gewahrsam für den Inhaber dieses Herrschaftsbereichs.⁴ Dies ist dann der Fall, wenn sein genereller Herrschaftsbereich soweit reicht und wenn der Inhaber konkret festzustellen ist.⁵ Es kann bei Kneipenwirten nach der Verkehrsanschauung und auch hier im konkreten Fall davon ausgegangen werden, dass sie bzgl. vergessener und verlorener Gegenstände generellen Herrschaftswillen haben. Bei nur vergessenen Sachen entsteht regelmäßig Mitgewahrsam nach denselben Kriterien.⁶ Geht hier die A nur von einem „Vergessen“ aus, so hat sie jedenfalls Willen zum Mitgewahrsam.

Ein Irrtum ihrerseits spielt hier keine Rolle. Denn sie hat in jedem Fall Herrschaftswillen an der Sache. Mithin hat A Herrschaftswillen und tatsächliche Sachherrschaft und damit Gewahrsam als Clubinhaberin.

Problematisch ist, dass B die Tasche, welche im Eigentum und Gewahrsam der A steht, mit deren Willen nimmt. Damit liegt kein Gewahrsamsbruch vor. Es liegt ein tatbestandsausschließendes Einverständnis⁷ der Berechtigten A vor. Beim tatbestandsausschließenden Einverständnis sind Willensmängel unbeachtlich.⁸ Demnach liegt kein Gewahrsamsbruch und damit auch keine Wegnahme vor.

2. Ergebnis

Damit ist § 242 StGB nicht erfüllt.

¹ Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 242 Rn. 16 ff.

² Ibid., Rn. 11.

³ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 242 Rn. 34.

⁴ Ibid., Rn. 35; Schmitz, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2017), § 242 Rn. 76.

⁵ Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT 2, 42. Aufl. (2019), Rn. 109.

⁶ Ibid., Rn. 110 mwN.; kritisch hierzu: Schmitz, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2017), § 242 Rn. 76.

II. §§ 242, 22 StGB (Versuchter Diebstahl)

B könnte sich durch das Entwenden der Tasche und die Übergabe dieser an A des versuchten Diebstahls gemäß §§ 242, 22 StGB strafbar gemacht haben.

1. Nichtvollendung

Wie soeben festgestellt, wurde § 242 StGB mangels Wegnahme nicht vollendet.

2. Tatentschluss

B hatte Tatentschluss, die für ihn fremde und vermeintlich im Eigentum der F stehende Tasche aus dem vermeintlichen Gewahrsam der F zu entwenden. Bezüglich des Gewahrsams nahm er an, die F habe die Tasche lediglich vergessen. Nach der Verkehrsauffassung – und es spricht nichts dagegen, dass er diese allgemeine Auffassung teilt – hat der Eigentümer aber an vergessenen Dingen noch Gewahrsam.⁹ Somit will er den Mitgewahrsam der A durch Alleingewahrsam ersetzen und muss dazu den Mitgewahrsam der F beenden. Beendigung von Mitgewahrsam ist Gewahrsamsbruch.¹⁰ Somit stellte er sich vor, den Gewahrsam der F zu brechen, mithin eine fremde bewegliche Sache wegzunehmen und sie absichtlich einer Dritten zuzueignen. Wäre die Tat so abgelaufen, wie er sie sich vorgestellt hätte, so läge § 242 StGB vor. Dabei handelt es sich auch nicht um einen Rechtsirrtum, denn er irrt auf tatsächlicher Ebene. Er irrt im Punkte des Einverständnisses, welches den Gewahrsamsbruch ausschließt. Somit liegt nur Versuch vor.¹¹

3. Unmittelbares Ansetzen

Ein unmittelbares Ansetzen im Sinne des § 22 StGB liegt mit dem Ansichnehmen der Tasche vor.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

5. Ergebnis

B hat sich gem. §§ 242, 22 StGB strafbar gemacht.

III. § 246 StGB (Unterschlagung)

1. Tatbestand

Die Tasche ist eine fremde bewegliche Sache.

B eignet sich die Tasche vorliegend nicht selbst zu. Er will sie vielmehr der A zueignen. Allerdings ist die A schon Eigentümerin. Ihr kann also schwerlich die Tasche zugeeignet werden.

2. Ergebnis

§ 246 StGB ist nicht erfüllt.

IV. § 246, 22 StGB (versuchte Unterschlagung)

Setzt man an dieselbe Handlung wie die Diebstahlhandlung an, so ist §§ 246, 22 StGB schon nicht eröffnet bzw. tritt im Ergebnis jedenfalls zurück.¹² Setzt man dagegen an die Abgabe des B an A

⁷ Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 242 Rn. 36.

⁸ Beckert, JA 2013, 507 (510); Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), Vor § 32 Rn. 3c.

⁹ Vogel, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 242 Rn. 64; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 242 Rn. 15.

¹⁰ Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 242 Rn. 15; Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 242 Rn. 32.

¹¹ Vgl. Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 242 Rn. 22.

¹² Zum Streitstand: vgl. Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 246 Rn. 15 mwN.

an und prüft eine wiederholte Zueignung, so wäre nach der Tatbestandslösung des BGH schon der Tatbestand nicht erfüllt bzw. träte im Wege der Konkurrenz zurück.¹³

B) Strafbarkeit der A

I. §§ 242, 22, 26 StGB (Anstiftung zum versuchten Diebstahl)

A könnte sich durch die Aufforderung an B, ihr die Tasche zu besorgen, der Anstiftung zum versuchten Diebstahl gemäß §§ 242, 22, 26 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Die Haupttat ist der versuchte Diebstahl des B gemäß §§ 242, 22 StGB. Die A hat den B zur Haupttat bestimmt. Ohne die Äußerung der A hätte der B die Tat nicht begangen, da die A in ihm erst den Tatentschluss hervorrief.

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz im Hinblick auf die Haupttat ist gegeben, denn §§ 242, 22 StGB ist vom Vorsatz bezüglich § 242 StGB umfasst.

As Irrtum bzgl. Fremdheit für A und das Einverständnis wirken sich aufgrund der Akzessorietät nicht für A direkt aus. Der Irrtum des Vordermannes wirkt sich dahingehend aus, dass eben nur § 22 StGB vorliegt.

Hinweis

Wer hier die Prinzipien streng einhält, schafft sich keine Probleme. Verwirrung bzgl. Irrtumszurechnung und Auswirkungsproblematik auf den Hintermann (etwa wie bei § 25 Abs. 1 2. Alt. StGB) sind bei konsequenter Prüfung unberechtigt.

Auch Vorsatz zur Anstiftung ist gegeben. A wollte den B durch die Äußerung an der Theke zur Tat bestimmen, indem sie den Tatentschluss in ihm hervorrief.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

II. Ergebnis

A hat sich gemäß §§ 242, 22, 26 StGB strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: das Geschehen um die 500.000 Euro

A) Strafbarkeit des B

I. § 263 StGB (Betrug)

B könnte sich durch die Auflösung seines Kontos des Betruges gemäß § 263 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Eine Täuschung ist eine Handlung mit Erklärungswert, die durch Einwirkung auf das Vorstellungsbild einer anderen natürlichen Person einen Irrtum über Tatsachen herbeiführen kann.¹⁴ Das Vorliegen einer Täuschung ist fraglich: Es ist zwar vertretbar, eine konkludente Erklärung – durch Geltendmachung einer Forderung – dahingehend anzunehmen, ein Anspruch stehe

dem Fordernden materiell zu. Es kommt aber letztlich darauf an, wie die Verkehrsauffassung das vorliegende Verhalten versteht und verstehen darf.¹⁵

So ist festzuhalten, dass B keine Forderung geltend macht. Er löst lediglich das Konto auf. Er behauptet also allenfalls, ein Konto bestehe unter seinem Namen. Und dies trifft ja zu. Weder behauptet der Kunde durch Ausfüllen eines Überweisungsformulars (was nach BGH ohnehin nicht zu einer Behauptung führt¹⁶), noch durch konkrete Geltendmachung einen Anspruch. B löst das Konto vielmehr auf und lässt sich auszahlen „was drauf ist“. Er erklärt also nichts bezüglich etwaiger Ansprüche.

Doch selbst, wenn man hier eine konkludente Erklärung, einen Anspruch zu haben, annehmen wollte, so führt dies nur bedingt weiter: Eine Täuschung setzt (so der BGH richtig) die Behauptung einer Tatsache voraus. Tatsachen sind dem Beweis zugänglich. Ein Rechtsanspruch ist keine Tatsache, er folgt aus Tatsachen und ist selbst nicht dem Beweis zugänglich. Behauptungen über Rechte können nur dann Gegenstand einer Täuschungshandlung sein, soweit sie zugleich konkludent Tatsachenbehauptungen enthalten. Die bloße unzutreffende Behauptung eines Anspruches ist deshalb allein nicht geeignet, eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB zu begründen.¹⁷ Durch Geltendmachung eines Anspruchs können durchaus im Einzelfall konkludent Tatsachen behauptet werden. Im nächsten Schritt ließe sich dann erst eine Täuschung annehmen. Dieser Weg muss dann in der Begründung gegangen werden (vertretbar).

Hinweis

Früher differenzierte der BGH mit weitgehender Billigung der Literatur nach der Ursache der Fehlgutschrift¹⁸

a) Wurde durch eine bloße Fehlbuchung der Bank das Geld gutgeschrieben, so lag nach dem BGH eine Täuschung vor. Denn eine solche Fehlbuchung ließ kein Guthaben entstehen. Die Geltendmachung eines solchen war also unwahre konkludente Behauptung.

b) Wurde die Gutschrift dagegen auf Grund einer durch einen Dritten vorgenommenen Fehlüberweisung getätigt, so erwerbe der Kunde ein entsprechendes Guthaben und könne diesbzgl. nicht täuschen. Betrug wurde verneint. In diesem Fall konnte Betrug nur in dem Nichtauflären der Fehlbuchung liegen. Dafür fehlte es aber regelmäßig an der Garantienpflicht. Diese Rspr. hat der BGH zurecht aufgegeben: Es entstehe in jedem Fall ein Guthaben, auch bei einer Fehlbuchung. Damit komme in jedem Fall nur eine Täuschung durch Unterlassen in Betracht.

Hinweis:

Auch wer (zusätzlich, was positiv zu bewerten ist - oder alternativ) an die Entgegennahme des Geldbetrages an-

¹³ Zum Streitstand bzgl. Tatbestands- und Konkurrenzlösung: vgl. *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 246 Rn. 14 f. mwN.

¹⁴ *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 263 Rn. 14.

¹⁵ *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 263 Rn. 24; *Vogel*, in LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 30.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 08.11.2000, 5 StR 433/00, besprochen in: *Heger*, JA 2001, 536-539; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 263 Rn. 24.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 08.11.2000, 5 StR 433/00, Rn. 8; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 263 Rn. 24.

¹⁸ *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 263 Rn. 24 f.; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. (2018), § 263 Rn. 9; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, BT 2, 42. Aufl. (2019), Rn. 497 mwN.

knüpft, kann darin nach dem BGH keine schlüssige Erklärung erblicken, dass diese Leistung auch geschuldet war.¹⁹

2. Ergebnis

Eine Täuschung scheidet daher aus. Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

Hinweis:

Wer dennoch (vertretbar) die Täuschung bejaht, muss weiter prüfen:

Der Irrtum scheidet in der Regel daran, dass sich Bankangestellte grundsätzlich keine Gedanken über das Zustandekommen des Betrags machen. Es wird lediglich das Vorhandensein eines Irrtums ausgenutzt und nicht ein Irrtum generiert. Der Irrtum kann jedoch gerade noch vertretbar bejaht werden mit der Argumentation, dass sich Bankangestellte bei einem so großen Betrag doch ausnahmsweise Gedanken machen (wie auch der weitere Fallverlauf hier zeigt).

Werden Täuschung und Irrtum (gerade noch vertretbar) bejaht, so sind Vermögensverfügung und -schaden unproblematisch und können stichwortartig bejaht werden. Die Auszahlung stellt eine Verfügung dar, die auch zu einem entsprechenden Schaden führt. Der Streit, ob eine Vermögensverfügung gefordert wird, ist daher hier irrelevant. Die Bank wird nicht von einer wirklichen Zahlungsverpflichtung frei, sondern nur von einer vermeintlichen. Dass ihr ein Gegenanspruch (§ 812 BGB) erwächst, bleibt außen vor.

Bejaht man entgegen des Lösungsvorschlags die Täuschung durch konkludente Erklärung, so stellt sich das oben dargestellte Problem der Differenzierung der Ursache der Fehlgutschrift auf der Vorsatzebene. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, ob sich B einen bestimmten Fehler vorgestellt hat. In den allermeisten Fällen wird es für einen Kontoinhaber unmöglich sein, allein aus den Kontoauszügen festzustellen, ob der Fehler auf einer bankinternen oder auf einer externen Ursache beruht, deren Ausnutzen keine Betrugsstrafbarkeit begründet. Dem Kontoinhaber wird diese Differenzierung auch gleichgültig sein, da er regelmäßig nicht um ihre Bedeutung weiß. Täuschungsvorsatz läge aber nur dann vor, wenn B von einer internen Fehlbuchung ausginge. Nach dem Zweifelsgrundsatz ist hier dann ein entsprechender Vorsatz abzulehnen.

Die Bereicherungsabsicht wäre unproblematisch zu bejahen. K wusste, dass er auf das Geld keinen Anspruch hatte.

Bejaht man § 263 StGB im Ergebnis, so ist auch auf den unproblematischen besonders schweren Fall in Abs. 3 S. 2 Nr. 2 einzugehen. Der Charakter als Regelbeispiel ist zu erkennen und die Nr. 2 bei einer Summe von 500.000 Euro zu bejahen.

II. §§ 263, 13 StGB (Betrug)

Der B könnte sich durch die unterlassene Aufklärung des Bankangestellten über die Fehlgutschrift des Betrages gemäß §§ 263, 13 StGB strafbar gemacht haben.

Die Problematik der Täuschung durch Unterlassen durch Nichtaufklärung der Fehlgutschrift kann auch in § 263 StGB direkt (ohne § 13 StGB) angesprochen werden, der das „Unterdrücken wahrer Tatsachen“ als aktives Tun pönalisiert. Wichtig ist jedoch, dass der Unterschied zwischen der Behauptung eines Anspruchs und der Nichtaufklärung (bei Garantenstellung) herausgearbeitet wird.

Die weiteren Voraussetzungen (Garantenstellung) sind ansonsten dieselben. So differenzieren Literaturansichten bzgl. der Entstehungsweise des Irrtums die Möglichkeit des §§ 263, 13 StGB, einige Stimmen lehnen gar die Möglichkeit eines Betrugs durch Unterlassen gem. § 13 StGB ab²⁰ – ob bzgl. der Nichtaufklärung des Angestellten § 13 StGB zitiert wird oder nicht, ist also nicht maßgeblich. Maßgeblich ist vielmehr die Unterscheidung des Ansetzens an das Handeln (konkludente Behauptung eines Anspruchs – Nichtaufklärung eines Irrtums).

Eine derartige Offenbarungspflicht lehnt der BGH ab. Ingerenz scheidet aus, weder die Kontoführung selbst könne eine solche begründen noch die Auflösung. Die Kontoführungspflicht liege bei der Bank.²¹ Auch aus dem Vertrag ergibt sich grundsätzlich keine Garantenstellung.²² B hat auch nicht die Gefahrenlage selbst herbeigeführt.²³ B nutzt lediglich die versehentliche Gutschrift aus.

Es erscheint nur mit ausführlicher und stichhaltiger Begründung gerade noch vertretbar, bei einer Kontoauflösung und damit verbundenen Barabhebung aufgrund der eingeschränkten Möglichkeit der Schadensabwendung und dem damit einhergehendem Verlustrisiko zumal hier in Höhe von 500.000 Euro und der Offensichtlichkeit des Fehlers, für den B die Garantenstellung zu bejahen.²⁴

Hinweis

Unabhängig davon, welches Ergebnis vertreten wird, setzt eine akzeptable Bearbeitung des § 263 (iVm. § 13) StGB voraus, dass die verschiedenen Täuschungshandlungen (aktiv, durch Unterlassen) und die Frage, in wessen Verantwortungsbereich die Fehlbuchung fällt, thematisiert werden.

III. § 266 StGB (Untreue)

Der B könnte sich indem er sich das Geld aus der Fehlgutschrift auszahlen ließ wegen Untreue gemäß § 266 StGB strafbar gemacht haben.

1. Missbrauchstatbestand

Der Missbrauchstatbestand ist nicht gegeben, denn B hatte keine Vermögensverfügungsbefugnis

¹⁹ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 263 Rn. 9; Vogel in Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 39; Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT 2, 42. Aufl. (2019), Rn. 509.

²⁰ Bosch, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 263 Rn. 18.

²¹ BGH, Beschl. v. 08.11.2000, 5 StR 433/00, Rn. 17.

²² BGH, Beschl. v. 08.11.2000, 5 StR 433/00, Rn. 19.

²³ so der BGH Ibid.; zweifelnd: Joerden, JZ 2001, 614 (615).

²⁴ Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT 2, 42. Aufl. (2019), Rn. 509, anders ausdrücklich der BGH, bspw. im Beschl. v. 08.11.2000, 5 StR 433/00, Rn. 18 und Urte. v. 16. 11.1993, 4 StR 648/93.

2. Treuebruchtatbestand

Auch der Treuebruchtatbestand scheidet aus. B hatte keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Bank. Es ginge zu weit, aus jeder Vertragsbeziehung diesbezügliche Pflichten herzuleiten.²⁵ Umgekehrt ist vielmehr (nur) die Bank ggü. dem B verpflichtet seine Vermögensinteressen wahrzunehmen.

3. Ergebnis

B hat sich nicht gemäß § 266 StGB strafbar gemacht.

IV. § 246 StGB (Unterschlagung)

§ 246 StGB scheidet jedenfalls daran, dass dem B das Geld mit Auszahlung übereignet wurde (die Buchposition als solche kann ohnehin naturgemäß nicht unterschlagen werden).

B) Strafbarkeit des C

I. §§ 253, 22 StGB (versuchte Erpressung)

C könnte sich indem er B zuhause aufsuchte und drohte, er würde Strafanzeige erstatten, sollte dieser ihm nicht die Hälfte des Geldes überlassen, der versuchten Erpressung gemäß §§ 253, 22 StGB strafbar gemacht haben.

1. Versuchsstrafbarkeit und Nichtvollendung

Der Versuch ist gemäß § 253 Abs. 3 StGB strafbar und die Tat ist nicht vollendet; kein Vermögensschaden, der Wille wurde schon nicht gebeugt.

2. Tatentschluss

C könnte Tatentschluss gefasst haben, den Willen des B durch Inaussichtstellen eines empfindlichen Übels zu beugen, um ihn zur Herausgabe des Geldes, was einen Vermögensnachteil darstellen müsste, zu bewegen. Fraglich ist, worin das Inaussichtstellen des Übels hier liegen kann. Hier ist genau zu differenzieren: Das Inaussichtstellen der Strafanzeige stellt möglicherweise die Drohung mit einem empfindlichen Übel dar. Problematisch ist zwar, dass die Tat des B gar nicht strafbar ist (siehe oben – wer oben etwas anderes vertritt, kommt hier konsequent nicht zu diesem Problem und kann die Drohung direkt bejahen). Aber: Selbst, wenn man bei B die Strafbarkeit verneint, so führt ein mögliches Strafverfahren und insbesondere die Tatsache, dass dann „alles ans Licht kommt“ und B das Geld zivilrechtlich zurückgeben muss, ein Übel dar. Denn 500.000 Euro zurückgeben zu müssen – auch wenn sie einem nicht zustehen – ist ein empfindliches Übel. Auf das direkt angedrohte Strafverfahren als solches kommt es daher nicht an. Diese Unterscheidung war (je nach obigem Ergebnis bzgl. der Strafbarkeit des B) herauszuarbeiten.

Es wird jedoch gelegentlich vertreten, dass ein tatbestandsmäßiger Angriff auf die Willensfreiheit nur dann vorliege, wenn der entsprechende Handlungsspielraum auch rechtlich geschützt sei.²⁶ Letztlich steht es aber niemandem frei, die Anforderungen der Rechtsordnung zweckentfremdet zu eigenen Gunsten auszunutzen.²⁷ Diese Problematik konnte auch vertretbar erst bzgl. § 253 II StGB erörtert werden unter dem Stichwort: legitimes

Mittel aber illegitimer Zweck bzw. illegitime Zweck-Mittel-Relation. Dogmatisch richtiger Prüfungsort ist aber schon der des Schutzgutes.

C handelte schließlich mit der Absicht, sich unrechtmäßig zu bereichern. Er selbst hatte keinen Anspruch auf das Geld.

3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Auch wenn die Drohung nicht zum gewünschten Erfolg führte, so setzte er spätestens mit Aussprechen des Inaussichtstellens der Anzeige, falls nicht gezahlt würde, nach seiner Vorstellung unmittelbar an (seiner Ansicht nach verwirklichte er dadurch ja sogar bereits die Nötigung).

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte auch rechtswidrig, da eigennützig. Die Problematik, dass er hier eigene Ansprüche durchsetzen wollte, stellt sich also nicht. Auch schuldhaftes Handeln ist gegeben.

5. Ergebnis

C hat sich gem. §§ 253, 22 StGB wegen versuchter Erpressung strafbar gemacht.

II. §§ 259, 22 (versuchte Hehlerei)

1. Nichtvollendung und Strafbarkeit des Versuchs

Sowohl die Nichtvollendung als auch die Strafbarkeit des Versuchs (§ 259 Abs. 2 StGB) liegen unproblematisch vor.

2. Tatentschluss

Hinweis:

Zur Prüfung der Hehlerei kommt nur, wer oben bei B als Vortäter die Strafbarkeit bejaht – ansonsten liegt schon keine aus rechtswidriger Vortat erlangte Sache vor. Wer dies tut muss aber die Hehlerei konsequent ansprechen! Lehnt man dagegen (richtigerweise) bei B die Strafbarkeit ab und überdehnt dann den Sachverhalt dahingehend (denn die Angaben fehlen insoweit völlig), dass der C meine, die Tat des B sei strafbar, so weiß C um die tatsächlichen Umstände und wertet sie nur falsch. Nimmt der Täter also die richtigen Umstände an (wie hier) und wertet sie dann falsch (als rechtswidrige Vortat – hier nicht ersichtlich), dann liegt ein Wahndelikt (nicht strafbar) vor.²⁸ Somit änderte sich am Ergebnis nichts.

Bzgl. der Hehlerei ist umstritten, ob eine Abpressung zur Hehlerei führen kann oder nicht etwa die Hehlerei ein einverständliches freiwilliges Zusammenwirken voraussetzt (so die hM. und Rspr).²⁹ Nach der hM. und neueren Rspr. scheidet demnach hier Hehlerei aus

Hinweis:

Beide Auffassungen sind vertretbar aber das Problem muss im Falle einer Prüfung angesprochen werden

²⁵ BGH, Beschl. v. 08.11.2000, 5 StR 433/00, Rn. 21; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 266 Rn. 21 ff.

²⁶ Vgl. Jakobs, In: Hirsch/Kaiser/Marquardt, GS-Hilde Kaufmann (1986), 791 (797) und JuS 2017, 97 (99): „nur ein Eingriff in die rechtlich garantierte Freiheit kann ein Nötigungserfolg sein.“

²⁷ so die hL., vgl. auch Eisele, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 240 Rn. 1a.

²⁸ BGH, Urt. v. 01.07.1959, 2 StR 191/59; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 22 Rn. 49; Eser/Bosch, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 22 Rn. 78 f.

²⁹ Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT 2, 42. Aufl. (2019), Rn. 853 f.; BGH, Urt. v. 25.07.1996, 4 StR 202/96; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 259 Rn. 11.

3. Unmittelbares Ansetzen

Nur, wer der aA. folgt, kommt zum unmittelbaren Ansetzen. Dieses liegt spätestens mit dem Geldzählen vor. Weitere Probleme bestehen nicht.

4. Ergebnis

C hat sich nicht gemäß §§ 259, 22 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 266, 13 StGB³⁰ (Untreue durch Unterlassen)

C könnte sich durch das Unterlassen einer Benachrichtigung der Bank über die Fehlbuchung gemäß §§ 266, 13 StGB strafbar gemacht haben.

Es kommt nur Unterlassen in Betracht, denn aktiv ist C ja gegenüber der Bank nicht geworden, dies hätte er aber möglicherweise müssen.

Nach 1. und 2. Var des § 266 StGB müsste nach hM. eine Vermögensbetreuungspflicht vorliegen.³¹ Diese Pflicht müsste die wesentliche Pflicht darstellen.³² C war hier mit diesem Buchungsvorgang nicht direkt beschäftigt. Der Sachverhalt enthält auch keine Angaben über eine herausgehobene Stellung des C, im Gegenteil, er ist bloß Kassierer. C hat daher höchstens eine Pflicht in seinem Aufgabenbereich. Der Buchungsvorgang fand laut Sachverhalt aber durch einen anderen Angestellten statt. Diesbezüglich hat C aber keine besondere Pflicht. Hier eine Vermögensbetreuungspflicht des C bzgl. eines Vorgangs, mit dem er primär gar nicht beschäftigt war, anzunehmen, gibt der Sachverhalt nicht her. Die Wiederbeschaffung von anderen Personen fehlgeleiteten Geldern gehört nicht zu seinem Aufgabenkreis.

IV. § 263, § 13 StGB (Betrug durch Unterlassen)

C könnte sich durch das Unterlassen einer Benachrichtigung der Bank über die Fehlbuchung gemäß § 263 (§ 13) StGB strafbar gemacht haben.

Es ist umstritten, ob das Unterlassen gebotener Aufklärung überhaupt eine Täuschung iSd. § 263 StGB darstellen kann. Dies wird von der Rechtsprechung und hM. bejaht.³³ Eine Täuschung kann hier nur in einem Unterlassen bzw. Unterdrücken von Tatsachen liegen. Eine Aufklärungspflicht seitens des C liegt jedoch nicht vor, siehe soeben. Mithin scheidet § 263 StGB aus.

3. Tatkomplex – die Beseitigung des C

A) § 212 StGB (Totschlag)

B könnte sich durch das Erwürgen mit der Klaviersaite des Totschlags gemäß § 212 StGB strafbar gemacht haben.

I. Objektiver Tatbestand

Objektiv ist der Tatbestand verwirklicht. Durch das Würgen mit der Klaviersaite hat B den C kausal und zurechenbar getötet.

Hinweis

Die vorliegende Konstellation ist nicht zu verwechseln mit dem quasi umgekehrten „Jauchegrubenfall“³⁴.

II. Subjektiver Tatbestand

Im Moment der Tötungshandlung und dem Eintritt des Erfolges hatte B keinen Vorsatz bzgl. dessen. B erkannte weder die Tötung noch wollte er sie. Er billigte sie nicht einmal im Nachhinein, es liegt nicht einmal ein (ohnehin straffreier) *dolus subsequens* vor.

Dass er von Anfang an vorhatte, den C zu töten, ändert auch nichts an der Vorsatzlosigkeit im jetzigen Moment: Es wird zwar argumentiert, hier liege lediglich eine unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf vor. Zum Tötungsvorsatz gehört aber nicht nur der Wille, überhaupt zu töten. Der Vorsatz bezieht sich auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes unter Einbeziehung des wesentlichen Kausalverlaufs. Die Kategorie des Abweichens vom Kausalverlauf passt hier jedoch nicht (eben nicht wie im „Jauchegrubenfall“ und ähnlichen Konstellationen). Hier nimmt der Täter bei der Vornahme der Tötungshandlung überhaupt keinen zur Tötung geeigneten Kausalverlauf an. Er hatte bei der Vornahme dieser Handlung nicht etwa einen „andersgearteten Tötungsplan“, sondern schlicht gar keinen. Die Tatsache, dass er später töten wollte, ändert daran nichts. Eine Erstreckung dieses Vorsatzes auf den jetzigen Moment wäre eine Fiktion. Plant jemand später vorsätzlich zu handeln, heißt das nicht, dass er jetzt schon Vorsatz hat, er hat nur „Vorsatz bzgl. des späteren Vorsatzes“, nicht des Erfolges. Dies zu bestrafen, wäre Gesinnungsstrafrecht und ist abzulehnen. Der spätere Vorsatz reicht als *dolus subsequens* nicht für eine Bestrafung der jetzigen Handlung aus.

Hat dagegen der Täter durch das Würgen bereits die Schwelle zum Versuch der Tötung überschritten, so ist die Handlung insgesamt als *eine* zu bewerten und der Vorsatz bzgl. des Erfolges zu bejahen. Die Ansicht, nach der hier eine Aufspaltung unnatürlich wäre, ist durchaus vertretbar. Es kann wie folgt argumentiert werden: Die – vorgestellte – Betäubung kommt immerhin im Vorsatz als Ermöglichung für den weiteren Verlauf vor. Ohne sie könnte der Plan nicht verwirklicht werden. Also ist diese Handlung ein Schritt in Richtung Erfolg. Der B setzt bereits damit einen Kausalverlauf in Gang und eine Gefahr für das Leben des C, dies vorsätzlich. Damit kann auch der vorzeitige Erfolg unter den Vorsatz fallen, da es nicht darauf ankommt wie B konkret weiter verfahren wollte.

Allerdings ist nach den allgemeinen Grundsätzen abzugrenzen: Der Täter schreitet nach seiner Vorstellung dann noch nicht zur konkreten Tatausführung (hier der Tötung durch das Versenken), wenn noch wesentliche Zwischenschritte (warten bis es Mitternacht ist, Verbringen des vermeintlich Bewusstlosen an den See, Versenken in demselbigen) vonnöten sind. Es liegt eine Zäsur in räumlicher und zeitlicher Hinsicht vor, die auch bei natürlicher Betrachtungsweise zwei Handlungsabläufe zeigt. Die Schwelle zum Tötungsversuch ist also nicht überschritten. Das Würgen ist reine Vorbereitungshandlung. Es lag kein strafrechtlich relevanter Vorsatz vor. Dann stellt sich die Frage der Abweichung vom Kausalverlauf auch nicht.

³⁰ Es ist umstritten, ob § 13 bei § 266 gesondert zitiert zu werden braucht: BGH, Urt. v. 21.07.1989, 2 StR 214/89, Rn. 12.

³¹ Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 266 Rn. 21.

³² Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 266 Rn. 21; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 266 Rn. 8, 11.

³³ Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 263 Rn. 38 ff.; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 263 Rn. 12 ff.

³⁴ BGH, Urt. v. 26.04.1960, 5 StR 77/60; dazu: Bechtel, JA 2016, 906 ff.; Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 289 ff.

Der BGH geht dabei einen eigenen Weg und vergleicht die Arten des geplanten und tatsächlichen Todes. So sie übereinstimmen, erfordere dies „keine anderweitige rechtliche Bewertung“.³⁵ Das durch die Ersttat gesetzte Risiko habe sich nun verwirklicht, dies insbesondere, wenn der Täter von vornherein vorhatte, die Leiche zu beseitigen.³⁶ Der BGH argumentiert hier nicht mit *dolus generalis*, im Ergebnis gleicht seine Argumentation dieser Konstruktion allerdings. Der Ansicht des BGH wird wegen der dogmatischen Schwächen hier nicht gefolgt. Hier liegt der Fall auch anders: Die Leiche soll nicht später erst beseitigt werden, es soll vielmehr erst später mittels der Zweithandlung getötet werden.

Es kann also gem. § 16 StGB nicht wegen Vorsatzes bestraft werden.

Hinweis

Auch die Gegenansicht ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar.

B) §§ 211, 212, 22 StGB (Versuchter Mord)

B könnte sich durch das Versenken der Leiche im See des versuchten Mordes gemäß § 211, 212, 22 StGB strafbar gemacht haben.

I. Versuchsstrafbarkeit und Nichtvollendung

Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB. Da es sich um ein untaugliches Tatobjekt handelt, ist eine Vollendung nicht möglich (eine Leiche kann nicht getötet werden).

II. Tatentschluss

1. Grundtatbestand

B stellte sich vor, C lebe noch und sei lediglich bewusstlos. Er stellte sich vor, C durch das Versenken im See zu töten. Er handelte also mit Tötungsvorsatz. Der untaugliche Versuch ist strafbar, § 23 III StGB.

2. Heimtücke

Für die Annahme von Heimtücke enthält der Sachverhalt wenig Anhaltspunkte. Hier ist die Annahme von Heimtücke vertretbar, da B von hinten den in Ruhe zählenden C angreift, der sich keines Angriffes versieht. Heimtücke ist das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tat. In der konkreten Situation war der C hier auch arg- und daher wehrlos. Er versah sich keines Angriffes seitens des B.³⁷ Allerdings entschied der BGH, auch Arglosigkeit entfalle schon dann, wenn die Täter-Opfer-Beziehung deutlich „im Zeichen feindseligen Verhaltens“ stehe; ob der andere sich gerade jetzt eines tätlichen Angriffes versehe, sei bedeutungslos.³⁸ Letzteres Verhältnis kann etwa wegen einer „Erpressungsbeziehung“ gesehen werden.³⁹ Dies muss umso mehr gelten, wenn eine Notwehrlage des Erpressten vorliegt.⁴⁰ Damit sind beide Ansichten gut vertretbar.

³⁵ vgl. BGH, Urt. v. 26.04.1960, 5 StR 77/60 („Jauchegrubenfall“); BGH, Urt. v. 09.10.1969, 2 StR 376/69.

³⁶ Sternberg-Lieben/Schuster, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 15 Rn. 58.

³⁷ Dies reicht, Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 211 Rn. 35 mwN.; BGH, Urt. v. 10.03.1995, 5 StR 434/94 - „Mielke“.

³⁸ BGH, Urt. v. 21.12.1977, 2 StR 452/77.

³⁹ BGH, Urt. v. 12.02.2003, 1 StR 403/02; Vogel, in: LK StGB, 12. Aufl. (2018), § 211 Rn. 111.

⁴⁰ Ibid.

3. Verdeckungsabsicht

Verdeckungsabsicht könnte vorliegen, denn B könnte hier einen Mitwisser beseitigen wollen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass B die Kontoauflösung als Straftat wertete. Die Tötung muss sich jedoch auf eine andere *Straftat* beziehen.⁴¹ Gesichert ist lediglich, dass B das Geld behalten will. Dies – „Verdeckung von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen“ – reicht aber nicht aus. Er will auch nicht die vermeintliche bloße Körperverletzung mittels der Saite verdecken. Diese ermöglicht vielmehr die vermeintliche Tötung. Er hat also (höchstens, soweit er sich diesbezüglich überhaupt Gedanken macht) *dolus directus* 2. Grades, was jedenfalls nicht ausreicht. Absicht ist jedoch gefordert.⁴² Verdeckungsabsicht liegt daher nicht vor (aA. mit sehr guten Argumenten vertretbar).

4. Habgier

Habgier liegt dagegen vor. Das Ziel einen Mittelabfluss zu verhindern, ist für die Annahme von Habgier ausreichend.⁴³ Angestrebt werden muss nicht unbedingt eine Vermögensmehrung. Eine andere Ansicht ist gut vertretbar, schließlich ist das Ziel, vorhandenen Besitz bloß zu erhalten, für sich alleine keine Habgier.⁴⁴

II. Unmittelbares Ansetzen

Unmittelbares Ansetzen gemäß § 22 StGB liegt vor, als B aus seiner Sicht eine taugliche Tötungshandlung mit dem Versenken im See vorgenommen hat.

III. Ergebnis

B hat sich gemäß §§ 212, 211, 22 StGB strafbar gemacht.

C) § 227 StGB (Körperverletzung mit Todesfolge)

B könnte sich durch das Würgen mit der Klaviersaite der Körperverletzung mit Todesfolge gemäß § 227 StGB strafbar gemacht haben.

Hierzu kommt man nicht, bejaht man oben §§ 212, 211 StGB. § 227 StGB kann natürlich auch als Zweites (nach Verneinen der §§ 211, 212 StGB und vor der zweiten Handlung, dem §§ 212, 211, 22 StGB), geprüft werden.

I. Tatbestand

Der objektive Tatbestand ist erfüllt. Das Würgen mit der Klaviersaite ist jedenfalls einfache Körperverletzung. Die Körperverletzung war zudem vorsätzlich begangen.

II. Erfolgsqualifikation

1. Todesfolge

Weiter liegt die Todesfolge vor.

2. Kausalität

Diese beruht auch kausal auf der Körperverletzung (Durchgangskausalität).⁴⁵

⁴¹ Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 211 Rn 62.

⁴² Ibid.; Ausführungen zu Tathandlung zunächst mit Körperverletzungsvorsatz siehe Rn. 70.

⁴³ Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 211 Rn 11; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 211 Rn. 21.

⁴⁴ Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 211 Rn 11; Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 211 Rn. 17.

⁴⁵ Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 45. Ed. (01.05.2020), § 227 Rn. 6; Paeffgen/Böse in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 227 Rn. 13.

3. Objektive Zurechnung und Tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang

Hinweis

Die allgemeine Zurechnung und der besondere Pflichtwidrigkeitszusammenhang sollen im Folgenden schulmäßig dargestellt werden, dies wäre in einer Klausur so nicht vonnöten. § 227 StGB könnte hier insgesamt recht kurz abgehandelt werden.

Die Literatur ist hierzu uneinheitlich. Der Erfolg müsste in tatbestandsspezifischer Weise verwirklicht werden, die „eigentümliche Gefahr“ müsste sich niedergeschlagen haben, wird teils gefordert.⁴⁶ Eine andere Richtung fordert „Unmittelbarkeit“,⁴⁷ argumentiert wird weiter mit dem „Schutzbereich der Norm“⁴⁸ sowie dem „Rechtswidrigkeitszusammenhang“⁴⁹. Diese Ansätze helfen jedoch kaum weiter bei vorliegendem Problem, wird entgegnet: Der notwendige Unterschied zwischen § 222 und § 227 StGB würde dadurch nicht herausgearbeitet, wenn darauf abgestellt würde, dass das Verbot der Körperverletzung (shandlung) gerade den Todeserfolg erfasse beziehungsweise, dass dieses typisch sei.⁵⁰

Auch die Rechtsprechung forderte früher einen Unmittelbarkeits- respektive Pflichtwidrigkeitszusammenhang in strenger Weise.⁵¹ Teils reicht es nach dem BGH heute jedoch aus, wenn der Erfolg nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit liegt.⁵²

Teilweise wird gefordert, so die sog. Letalitätstheorie, der Körperverletzungserfolg als solcher müsse zum Tod geführt haben.⁵³ Der Tod müsse durch den Körperverletzungserfolg an sich ohne weiteres Hinzutreten äußerer Faktoren eingetreten sein. Argumentiert wird hier insbesondere mit dem Wortlautargument, in § 227 StGB heiße es, „...den Tod der verletzten Person...“ und nicht „durch die Verletzungshandlung“ oder ähnliches. Weiter ergebe sich dies aus der Struktur des § 227 StGB sowie dem typischen Geschehensablauf.⁵⁴

Die herrschende Gegenansicht in Schrifttum und Rechtsprechung verweist insbesondere darauf, dass in § 227 StGB stehe, der Täter müsse „durch die Körperverletzung“ den Tod des Opfers verursacht haben. Der Begriff der Körperverletzung werde aber auch im Gesetz – zum Beispiel „Misshandeln“ in § 223 StGB oder „lebensgefährdende Behandlung“ in § 224 I Nr. 5 StGB – als Unrechtsakt unter Einbeziehung der auf die Verletzung gerichteten Handlung verstanden.⁵⁵

Es reicht auch aus, nach der BGH-Rechtsprechung⁵⁶, dass sich die Körperverletzungshandlung im Todeserfolg niederschlägt.

Hier mussten jedoch noch wesentliche weitere Schritte hinzutreten, bis der Tod des Opfers eintrat.

Hier kommen alle Theorien zum selben Ergebnis. Selbst die Unmittelbarkeit liegt hier vor. Vorliegend trat der Tod durch das Würgen ein, direkt und unmittelbar. Der Erfolg ist auch vom Schutzbereich der Norm sowie dem Rechtswidrigkeitszusammenhang umfasst. Die Pönalisierung der §§ 223ff StGB soll gerade vor solchen Folgen schützen, bei denen das Opfer willentlich verletzt, aber dann sogar unwillentlich zu Tode kommt durch die Verletzungshandlung.

Bezüglich der Folge muss der Täter fahrlässig gehandelt haben. Die Pflichtwidrigkeit liegt regelmäßig und auch hier in der Verwirklichung des Grunddelikts. Es war pflichtwidrig und vermeidbar, den C zu würgen. Zudem war es vorhersehbar, sowohl objektiv als auch für den B persönlich, dass C durch das Würgen zu Tode kommen könnte.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit liegt vor. B kann sich insbesondere nicht wegen der versuchten Erpressung seitens des C auf Notwehr berufen. Es lag zwar ein noch andauernder Angriff auf die Willensfreiheit und das Vermögen des B vor. Ein Erpressungsangriff endet erst mit Beutesicherung.⁵⁷ Dieser hätte jedoch anders beendet werden können. Er hätte das Geld zur Abwehr der Bank zurückgeben können. Dies hätte den Angriff ebenso beendet. Dabei hätte sich B auch nicht strafrechtlich selbst belastet, denn seine Vortat war keine strafrechtlich relevante.⁵⁸ Er hätte lediglich das Geld wieder verloren, auf das er ohnehin keinen Anspruch hatte. Es ist nicht ersichtlich, dass der Erpresser zu körperlicher Gewalt gegriffen hätte.⁵⁹ B hätte also die dargebotene Alternative wählen können, sich anzeigen zu lassen und des Geldes verlustig zu werden. § 32 StGB scheidet also jedenfalls an der Erforderlichkeit, war aber anzusprechen.

B handelte auch schuldhaft.

V. Ergebnis

§ 227 StGB ist damit erfüllt.

D) Konkurrenzen

Gegenüber § 227 StGB tritt der ebenfalls verwirklichte § 222 StGB zurück. Auch § 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB tritt zurück⁶⁰, jeder Fall des § 227 StGB ist denknötwendig ein Fall des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB. (Tateinheit mit 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB - Klaviersaite als gefährliches Werkzeug - ist aber aus Klarstellungsgründen auch denkbar.⁶¹)

⁴⁶ BGH, Urt. v. 20.07.1995, 4 StR 129/95, Rn. 11; *Paeffgen/Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 227 Rn.11 mwN.; *Laufhütte*, in: LK StGB, 12. Aufl. (2018), §227 Rn. 6.

⁴⁷ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 227 Rn. 2 mwN.

⁴⁸ *Hardtung*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2017), § 227 Rn. 10.

⁴⁹ *Paeffgen/Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 227 Rn 18.

⁵⁰ *Graul*, JR 1992, 345 mwN.

⁵¹ So noch im „Fall Rötzel“, BGH, Urt. v. 30.09.1970, 3 StR 119/70, Rn. 16; anders etwa im „Hochsitzfall“ BGH, Urt. v. 30.06.1982, 2 StR 226/82, Rn. 5.

⁵² BGH, Urt. v. 09.03.1994, 3 StR 711/93, Rn. 11: Das alkoholranke und schwerverletzte Opfer stirbt, weil es sich einer Krankenhausbehandlung verweigert.

⁵³ *Paeffgen/Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 227 Rn. 13; *Laufhütte*, in: LK StGB, 12. Aufl. (2018), § 227 Rn. 7 f.

⁵⁴ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 227 Rn. 2.

⁵⁵ *Wessels/Hettinger/Engländer*, BT I, 43. Aufl. (2019), Rn. 269.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 30.06.1982, 2 StR 226/82, Rn. 8; BGH, Urt. v. 26.02.1997, 3 StR 569/96, Rn. 4; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 227 Rn. 3a ff.; *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. (2018), § 227 Rn. 2.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 12.02.2003, 1 StR 403/02, Rn. 8.

⁵⁸ Anders die Fallgestaltung in BGH, Urt. v. 12.02.2003, 1 StR 403/02.

⁵⁹ *Ibid*.

⁶⁰ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 224 Rn. 12.

⁶¹ *Laufhütte*, in: LK StGB, 12. Aufl. (2018), § 224 Rn. 43.

Hinweis

Wer hier § 227 StGB übersieht und nur § 222 StGB annimmt, begeht dagegen einen gewichtigen Fehler: Die Strafandrohung ist eine ganz andere. Hier liegt ein klassischer Fall des § 227 StGB vor.

In diesem Tatkomplex sind also verwirklicht: §§ 227 (224 Abs. 1 Nrn. 2, 5); 211, 212, 22; 53 StGB (oder § 211, 212 StGB isoliert)

4. Tatkomplex – die 1. Fahrt**A) Strafbarkeit des B:****I. §§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a) iVm. Abs. 3 Nr. 1 StGB (Gefährdung des Straßenverkehrs)**

B könnte sich durch die Heimfahrt unter Alkoholeinfluss der vorsätzlichen Straßenverkehrsgefährdung gemäß §§ 315 c Abs. 1 Nr. 1 lit. a) iVm Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand**a) Fahren auf öffentlicher Straße mit Kfz trotz Fahruntauglichkeit**

Der B führt ein Kfz im öffentlichen Verkehr, obwohl er absolut fahruntauglich war. Er hatte eine BAK von 1,7 ‰, die absolute Fahruntauglichkeit wird bei 1,1 ‰ unwiderleglich vermutet.⁶² Dieses Wissen kann auch schon im 1. Examen vorausgesetzt werden.

b) Konkrete Gefährdung⁶³

Es liegt hier ein sogenannter Beinahe-Unfall vor.⁶⁴ Eine konkrete Gefährdung ist gegeben. Von § 315 c StGB sind jedoch nur gewisse Rechtsgüter umfasst:

aa) fremde Sache von bedeutendem Wert:

Der Kadett gehört dem B selber. Es handelt sich für ihn nicht um eine fremde Sache. (Außerdem ist nach allgemeiner Ansicht § 315 c StGB bezüglich des Tatfahrzeuges ohnehin nicht anwendbar. Denn das die strafbedrohte Gefährdung auslösende Kfz ist ein auf Täterseite stehendes Tatwerkzeug. Das Mittel der Gefährdung kann jedoch nicht gleichzeitig Objekt ihrer sein.⁶⁵)

Die Mauer: Es ist nicht ersichtlich, dass ein Aufprallen eines PKW für die Mauer eine Gefährdung darstellt.

bb) Leib/Leben anderer:

Hier ist an die Insassin zu denken. Diese müsste ein „anderer“ im Sinne der Norm sein. Dies ist problematisch. Die Tatsache, dass A Insasse des Tatfahrzeugs ist, steht dem allerdings nicht unmittelbar entgegen. Der Gesetzestext differenziert nicht zwischen Menschen innerhalb und außerhalb des Tatfahrzeugs.⁶⁶ Auch teleologisch ist eine Ausgrenzung der Fahrzeuginsassen nicht geboten. Die Gefährdung der Fahrzeuginsassen ist nicht

weniger schwerwiegend, als die Gefährdung von Personen außerhalb des Fahrzeugs. Fahrzeuginsassen stehen auch nicht allein auf Grund ihrer faktischen Platzierung im Fahrzeug normativ „im Lager“ des Fahrzeugführers, also gewissermaßen auf der Seite des Täters.

Allerdings ist die Insassin Beihelferin: Durch das Anfeuern leistete sie psychische Beihilfe. Damit steht sie auf Täterseite. Es wird vertreten, wer auf der Täterseite stehe, der könne nicht gleichzeitig auf Opferseite stehen, so die Rspr.⁶⁷ und wichtige Teile der Literatur.⁶⁸ Auch ist zu bedenken, dass u.U. die Tat erst strafbar wird, durch ihre Gefährdung. Der Schutz des § 315 c StGB bedroht dann die Geschützte durch die Strafdrohung, denn dann würde sie nur wegen ihrer eigenen Gefährdung akzessorisch bestraft: Der Vortäter wird nur bestraft, weil er die Beihelferin gefährdete, diese wird sodann akzessorisch auch nur deshalb bestraft. Dies erscheint widersprüchlich.

Andere Ansicht Lit⁶⁹: Die A ist höchstens Teilnehmerin. Damit ist die Tat für sie keinesfalls eine eigene nach den Grundsätzen des Allgemeinen Teils (Akzessorietät). Dies legt schon der Wortlaut der §§ 26, 27 StGB nahe: „...einen/m anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat...“. A ist einer fremden Tat behilflich, begeht aber keine eigene. Beihelfer können aber durchaus Opfer der „beigeholfenen Tat“ sein.⁷⁰ Weiter verlöre ansonsten die Beihelferin ihren Schutz und könnte ungestraft vom Haupttäter getötet werden.

Beide Ansichten sind gut vertretbar. Wer die letztere bejaht „schneidet sich aber weitere Probleme ab“.

c) Objektive Zurechnung:

Die Zurechnung entfällt, wenn A sich durch freiwilliges Mitfahren der als gefährlich ausgelegten Fahrt und Anfeuern bei dieser eigenverantwortlich selbst gefährdet hat. Grundsätzlich schränkt die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers die Zurechnung des Taterfolges zur Täterseite ein.⁷¹ Dies wird angenommen, ausgehend von der These, dass jeder für sein eigenes Tun selbst verantwortlich sei.⁷² Von der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ist die einverständliche Fremdgefährdung abzugrenzen. Differenziert wird nach den Grundsätzen der Tatherrschaftslehre, es wird gefragt, wer das Geschehen beherrscht.⁷³

Die Tatherrschaft liegt hier nicht bei der A. B hat als Fahrer das Geschehen voll und allein in den Händen, (§ 315 c StGB ist auch dementsprechend ein eigenhändiges Delikt.) Es kann sich also nur um einverständliche Fremdgefährdung handeln.

Die objektive Zurechnung ist demnach zu bejahen.

⁶² BGH, Beschl. v. 28.06.1990, 4 StR 297/90; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 316 Rn. 27; Paeffgen/Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 316 Rn. 22.

⁶³ Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 315c Rn. 2, 15.

⁶⁴ zu diesem Begriff: Fischer, *Ibid.* Rn. 15a.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 16.01.1992, 4 StR 509/91, Rn. 23; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 315c Rn. 15c; Hecker, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 315c Rn. 31.

⁶⁶ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 315c Rn. 23; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 315c Rn 15c; Hecker, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 315c Rn. 31.

⁶⁷ So ständige Rspr, BGH, Beschl. v. 12.12.1990, 4 StR 531/90 Rn. 4; BGH, Urt. v. 16. Januar 1992, 4 StR 509/91; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.06.1997, 2 Ss

147/97 - 49/97 II; aA. die Lit.: Hecker, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 315c Rn. 31; Geppert Jura 1996, 48; Graul JuS 1992, 321.

⁶⁸ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 315c Rn. 25; Fischer, 66. Aufl. (2019), § 315c Rn. 15c.

⁶⁹ aA. die Lit.: Hecker, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), StGB § 315c Rn. 31; Geppert, Jura 1996, 48; Graul, JuS 1992, 321.

⁷⁰ Vgl. Schroeder, JuS 1994, 846 (847).

⁷¹ Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), vor § 13 Rn. 36; Freund, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2017), vor § 13 Rn. 356; Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), vor § 32 Rn. 107.

⁷² Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), vor § 32 Rn. 107.

⁷³ BGH, Urt. v. 20. 11.2008, 4 StR 328/08, Rn. 22.

2. Subjektiver Tatbestand

B fuhr in Kenntnis der Alkoholisierung. Er merkte auch bei Abwürgen des Autos, dass er alkoholbedingte Ausfallerscheinungen hat. Er hatte also jedenfalls bedingten Vorsatz bezüglich des Fahrens unter Alkoholeinfluss.

Die Beinahe-Kollision mit der Mauer (also die konkrete Gefährdung) wurde jedoch nicht bemerkt und war nicht vom Vorsatz umfasst – weder Wissen noch Wollen (aA vertretbar bei offensichtlicher geplanter Raserei, Rspr. ist aber defensiv bei Vorsatzannahme).

Demnach ist Abs. 3 Nr. 1 - Vorsatz bezüglich des Fahrens unter Alkoholeinfluss, Fahrlässigkeit im Hinblick auf die Gefahr - des § 315 c StGB verwirklicht.

3. Rechtswidrigkeit (und Schuld)

Hier ist nun abermals das Verhalten der A von Interesse: A war einverstanden mit ihrer Gefährdung. Es könnte nicht nur eine einverständliche Fremdgefährdung, sondern gar eine rechtfertigende Einwilligung vorliegen.⁷⁴ A hatte Kenntnis um die gefahr-begründenden Umstände. Sie erklärte vor und während der Fahrt schlüssig ihre Zustimmung. A war dabei nüchtern (sie trinkt nie) und daher einsichtsfähig.

a) Einwilligung

aa) Disponibles Rechtsgut

Es sind die Kriterien der Einwilligung zu prüfen: Problematisch ist insbesondere, ob sie hier über die gefährdeten Rechtsgüter überhaupt disponieren konnte. Dabei sind die von § 315 c StGB geschützten Rechtsgüter zu unterscheiden:

(1) Leib/Leben der A:

Bzgl. einer erfolgten Verletzung ist die Dispositionsbefugnis fraglich: Dies zeigen §§ 216 und 228 StGB, die die Disponibilität von Leben und Leib einschränken.⁷⁵ Allerdings ist auch keine Einwilligung bezüglich eines Verletzungserfolges Prüfungsgegenstand, sondern nur bezüglich einer möglichen Gefährdung. Es ist ja gerade nicht klar, ob Leib oder Leben verletzt werden, während dies bei § 216, § 228 StGB der Fall ist. Dementsprechend ist gut vertretbar, dass bezüglich einer bloßen Gefährdung Disponibilität gegeben ist.

(2) allgemeine Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs⁷⁶

Wer die Erfüllung des objektiven Tatbestandes unter Berufung auf die konkrete Gefährdung der A bejaht, muss hier darauf eingehen, ob die Tat durch eine Einwilligung der A gerechtfertigt sein könnte. Denn tatsächlich hat A vor und während der Fahrt eine Einwilligung in die Fahrt und in die zu erwartenden konkreten Gefährdungen erklärt. Eine weit verbreitete Meinung lehnt aber eine rechtfertigende Einwilligung ab, da § 315 c StGB ein Rechtsgut (Sicherheit im Straßenverkehr) der Allgemeinheit

schützt, über das der Einzelne nicht verfügen könne.⁷⁷ Dem folgend entfaltete die Einwilligung keinerlei Wirkung.

Die Gegenmeinung hält eine rechtfertigende Einwilligung hingegen für möglich.⁷⁸ Denn § 315 c StGB schützt nicht nur das Rechtsgut "Sicherheit im Straßenverkehr". § 315 c StGB schütze Rechtsgüter kumulativ. Entfalle eines der Rechtsgüter aus dem Strafrechtsschutz aufgrund einer Einwilligung, so sei dies möglich und zu berücksichtigen.⁷⁹ Auf Grund der Struktur als konkretes Gefährdungsdelikt sind auch die Güter, deren konkrete Gefährdung den Tatbestand erfüllen, Schutzgüter der Strafvorschrift. Geschützt sind also auch Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Leben und Eigentum.⁸⁰ Letzteres sind Individualrechtsgüter, über deren Bestand und Schutz ihr Inhaber grundsätzlich verfügen kann (jedenfalls soweit nur in eine Gefährdung eingewilligt wird, s.o.). Folglich kann ihr Inhaber auch in die Gefährdung oder Verletzung dieser Güter einwilligen. Somit ist ein Teil des von § 315 c StGB abgedeckten Rechtsgutsbereichs offen für unrechtsbeseitigende Einwilligungen. Zwar schließt eine solche Einwilligung nicht das Gesamtunrecht der Tat aus. Das Unrecht der Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit wird durch die Einwilligung nicht berührt. Aber ein Teil des Unrechts wird durch die Einwilligung ausgeschlossen. Das "Rest-Unrecht" bildet für Strafbarkeit aus § 315 c StGB keine tragfähige Grundlage. Denn die abstrakte Gefährdung des Straßenverkehrs reicht gerade nicht aus. Dies zeigt sowohl der Wortlaut als auch die Gesetzessystematik. Für die Anwendung des § 315 c StGB besteht unter diesen Umständen auch kein Bedürfnis. Denn die Strafbarkeit des "Rest-Unrechts" (Beeinträchtigung der Sicherheit im Straßenverkehr) wird durch § 316 StGB erfasst.⁸¹

Hinweis

Hier sind beide Ansichten gut vertretbar. Wesentlich ist die Auseinandersetzung. Insbesondere sollte erkannt werden, dass die Stellung und das Verhalten der A auf mehreren Ebenen anzusprechen sind: Insasse = anderer? Beihelferin = mögliches Gefährdungsobjekt? Einverständliche Fremdgefährdung oder Selbstgefährdung? Rechtfertigende Einwilligung? Bei letzterem: Disponibilität der Rechtsgüter: Problematisch bzgl. der „eigenen“ und der allgemeinen und schließlich: „Aufteilbarkeit“ des § 315c, so dass hier nur § 316 StGB übrig bleibt?

bb) Einwilligungsfähigkeit- und Erklärung

Die A müsste ihre Einwilligung erklärt haben und einwilligungsfähig gewesen sein. Die Erklärung erfolgte konkludent indem sie mitfuhr und den B weiter anfeuerte. Einwilligungsfähig ist der Rechtsgutshaber, wenn er fähig ist, die Bedeutung und Folgen seiner Rechtshandlung zu erkennen und nach dieser Einsicht zu handeln.⁸² Dies war bei der nüchternen A gegeben.

cc) Keine Sittenwidrigkeit

Die Einwilligung in eine Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit dürfte auch nicht sittenwidrig sein. Sittenwidrigkeit ist

⁷⁴ Zu dieser Problematik: Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 315c Rn. 17 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁷⁵ Sowie bzgl. des Leibes weiter §§ 2, 3 KastrG, §§ 8 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, 19 Abs. 2 TPG.

⁷⁶ BGH, Urt. v. 24.06.1954, 4 StR 159/54, Rn. 8.

⁷⁷ BGH, Urt. v. 24.06.1954, 4 StR 159/54, Rn. 8; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 315c Rn. 17; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 315c Rn. 32.

⁷⁸ Hecker, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 315 c Rn. 41; Eisele, JA 2007, 168 (172).

⁷⁹ Roxin/Greco, AT I, 4. Aufl. (2020), § 13 Rn. 34, 35; Eisele, JA 2007, 168 (172).

⁸⁰ Hecker, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 315 c Rn. 41; Eisele JA 2007, 168 (172).

⁸¹ So auch Roxin/Greco AT I, 4. Aufl. (2020), § 13 Rn. 35; Eisele JA 2007, 168 (173).

⁸² Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), vor § 32 Rn. 3c.

dann gegeben, wenn drohende gravierende Verletzungen einen generalpräventiv-fürsorglichen Eingriff des Staates in das individuelle Selbstbestimmungsrecht legitimieren.⁸³ Diese hohen Anforderungen sind hier nicht erfüllt, sodass keine Sittenwidrigkeit gegeben ist.

b) Ergebnis

Strafbarkeit ist nicht gegeben. (Die gegenteilige Ansicht, d.h. Bejahung des § 315c StGB inkl. der dann noch unproblematisch zu bejahenden Schuld, ist – wie dargelegt – ebensogut vertretbar).

4. Ergebnis und Konkurrenzen

§ 316 StGB tritt zurück bei Bejahung des § 315c StGB. Ansonsten ist § 316 StGB zu bejahen.

II. Ergebnis

B hat sich nach §§ 315 c Abs. 1 Nr. 1 lit. a) iVm Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

B) Strafbarkeit der A

I. §§ 315 c I Nr. 1 lit. a) iVm. Abs. 3 Nr. 1, 27 StGB (Beihilfe zur Gefährdung des Straßenverkehrs)

[Obersatz:] (wegen konkreter Gefährdung der A)

1. Objektiver Tatbestand

Die Haupttat ist § 315c StGB, s.o.

Hinweis

Wer bzgl. der ersten Fahrt § 315c StGB verneint, der muss § 316 StGB bejahen und dann konsequent § 316 StGB als Haupttat annehmen. 1. Fahrt: 315c StGB (-), dann aber §§ 316, 27 (+) StGB. Problematisch ist im Falle der Annahme des § 315c StGB die Teilnahme an sich selbst gefährdendem § 315c StGB. Dieses Problem wurde jedoch bereits oben angesprochen. Es kann jedoch auch hier nochmals aufgeworfen werden. Es bleibt bei der Strafbarkeit mit obiger Argumentation.

Das Hilfeleisten ist das Anfeuern und Jauchzen als psychische Beihilfe.⁸⁴

2. Vorsatz

„Doppelter“ Beihelfervorsatz. Ist vorliegend gegeben.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Auch Rechtswidrigkeit und Schuld liegen unproblematisch vor.

II. §§ 315c, 25 Abs. 2 StGB oder §§ 316, 25 Abs. 2 StGB

Da es sich um eigenhändige Delikte handelt, scheidet § 25 Abs. 2 StGB in jedem Fall aus. Anderes wäre unvertretbar und ein grober Fehler. § 315c StGB oder § 316 StGB mussten daher auch schon nicht iVm § 25 Abs. 2 StGB geprüft werden.

III. §§ 316, 27 StGB (Beihilfe zur Trunkenheit im Verkehr)

Wer nicht dem BGH folgt und § 315c StGB verneint, der musste oben § 316 StGB bejahen und hier konsequent §§ 316, 27 StGB bejahen.

5. Tatkomplex: die 2. Fahrt

A) §§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a) iVm. Abs. 3 Nr. 1 StGB (Gefährdung des Straßenverkehrs)

B könnte sich durch die zweite Heimfahrt unter Alkoholeinfluss der vorsätzlichen Straßenverkehrsgefährdung gemäß §§ 315c Abs.1 Nr. 1 lit. a) iVm Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Wie oben liegt eine Trunkenheitsfahrt vor: Absolute Fahruntüchtigkeit, dadurch konkrete Gefährdung (hier sogar ein Unfallfolg). Problematisch ist allein das Gefährdungsobjekt. Diesmal wird unzweifelhaft kein „anderer“ gefährdet. Einzig denkbares Gefährdungsobjekt ist die Rosenhecke. Diese müsste von bedeutendem Wert sein.

Eingerissen wurden von der Rosenhecke drei Meter zu 300 Euro. Die Hecke ist hunderte Meter lang. Sie hat damit einen Wert von weit über 1000 Euro. Sie wurde jedenfalls in einer Länge von etlichen Metern gefährdet. Denn die Hecke verläuft dicht parallel zur Straße. Auf dieser Straße raste der B entlang. Die gesamte Strecke über gefährdete er also die Hecke, nicht nur die drei Meter. Es kommt nicht auf den Schaden an, sondern auf die *Gefährdung*. Die Strafbarkeitsgrenze liegt bei 750 Euro.⁸⁵

Wer dies hier verneint, mit dem Argument, die Hecke sei zu 300 Euro geschädigt, dies sei unbedeutend, der verkennt, dass es sich hier um ein Gefährdungsdelikt und nicht um ein Erfolgsdelikt handelt. Auch wer die Wertgrenze nicht kennt, der muss das Problem erkennen. Zur Vorsatz-Fahrlässigkeit-Kombination ist dasselbe zu sagen, wie oben.

Also ist § 315 c I Nr. 1 a iVm III Nr. 1 a) StGB erfüllt. (anderes unvertretbar)

B) § 316 StGB

Die Strafbarkeit wegen Trunkenheit im Verkehr gemäß § 316 StGB tritt hinter der Strafbarkeit nach § 315c StGB zurück.

C) § 142 StGB

Eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gemäß § 142 StGB scheidet aus, da B nichts von dem Unfall bemerkte und mithin nicht vorsätzlich handelte.

Konkurrenzen und Ergebnis

Je nach Gutachten sind verschiedene Lösungen vertretbar. Mit den hier vertretenen Auffassungen gelangt man zu folgendem Ergebnis:

1. Tatkomplex

A: §§ 242, 22, 26 StGB

B: §§ 242, 22 StGB

2. Tatkomplex

B: (-)

C: §§ 253, 22 StGB

3. Tatkomplex

B: §§ 227; 211, 212, 22; 53 StGB oder §§ 211, 212 StGB (vollendet)

⁸³ Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 228 Rn. 9a.

⁸⁴ Vgl. zur psych. Beihilfe: Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 27 Rn. 6.

⁸⁵ Derzeit 750 €, so Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 315 Rn. 16a.

4. Tatkomplex

B: §§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a) iVm. Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB oder § 316 StGB

A: §§ 315 c I Nr. 1 a iVm III Nr. 1 a), 27 StGB oder § 316, 27 StGB

5. Tatkomplex

B: § 315 c I Nr. 1 a iVm III Nr. 1 a) StGB (anderes unvertretbar)

Konkurrenzen:

Probleme stellen sich kaum. Bzgl. der verschiedenen Tatkomplexe besteht Tatmehrheit.

Im 3. Tatkomplex besteht auch Tatmehrheit zwischen den Taten Würgen und Versenken. (Allerdings ist eine aA. mit dem Argument natürliche Handlungseinheit trotz Zäsur; einheitliches Geschehen gut vertretbar.)

► [Inhaltsverzeichnis](#)



Andere sitzen noch im Büro, Sie stehen schon vor der Bühne.*



Hohe Spezialisierung, direkte Mandatsarbeit, persönlicher Partnerkontakt und ein kollegiales Arbeitsumfeld gehören für uns ebenso zu Ihrem neuen Job in unserer Wirtschaftskanzlei wie die richtige Balance zwischen Arbeit und Privatleben. Wir suchen für unsere Teams in Stuttgart und Frankfurt am Main

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | karriere@brp.de | www.brp.de/karriere



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · www.brp.de

*Mit unserem BRP-Kultur-Abo erhalten Sie freien Eintritt zu ausgewählten Kultur- und Konzertveranstaltungen.

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Ersatz Behinderungsbedingter Mehraufwendungen

Urteil vom 10. März 2020, Az.: VI ZR 316/19

Der Schädiger hat im Fall einer Behinderung die Kosten einer verletzungsbedingt erforderlichen Begleitung des Geschädigten durch Betreuungspersonen zu ersetzen (hier: behinderungsbedingte Mehrkosten einer Reise nach Gran Canaria).

(Leitsatz des Bearbeiters)

A) Sachverhalt

K wurde 1988 in dem von B betriebenen Krankenhaus geboren. Im Rahmen der Entbindung kam es zu einer fehlerhaften medizinischen Behandlung, die zu schweren gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin führte.

Am 6. Oktober 2000 schlossen die Klägerin und die Rechtsvorgängerin der Beklagten einen Vergleich. Der Vergleich sah die Zahlung eines Schmerzensgelds in Höhe von 550.000 DM, von Umbaukosten in Höhe von 150.000 DM, einer monatlichen Rente zum Ausgleich der Betreuungskosten bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, von Verdienstausfall, einer Altersrente als Schwerbehinderte sowie von Anwaltskosten vor. Am 24. Januar 2009 änderten die Parteien den Vergleich in einzelnen Punkten ab. In beiden Fassungen des Vergleichs heißt es in Ziffer 3 u.a.:

"Pflege- und Betreuungskosten, die ab Vollendung des 25. Lebensjahres entstehen, sollen ab Vollendung des 25. Lebensjahres neu geregelt werden. Unter Beachtung der dann vorliegenden medizinischen Notwendigkeit sind die tatsächlich entstehenden und konkret nachzuweisenden Kosten zu erstatten, unter Anrechnung gesetzlicher Leistungen sowie der Leistungen von Sozialversicherungsträgern."

Am 18. Mai 2014 reiste die Klägerin mit drei Betreuungspersonen (ihren Eltern sowie einer weiteren Person) für eine Woche in ein auf die Bedürfnisse schwerbehinderter Menschen spezialisiertes Hotel auf Gran Canaria. Da die Klägerin einer Rundumbetreuung bedarf, sich nicht selbst bewegen und ihre Wünsche und Bedürfnisse nicht verbal äußern kann, war es erforderlich, dass sie von drei Betreuungspersonen begleitet wurde. Während ein entsprechender Urlaub inklusive Flug für einen nicht behinderten Menschen 600 bis 800 € gekostet hätte, entstanden der Klägerin durch die Reisedurchführung mit Rollstuhltransport und Unterbringung in einem entsprechend spezialisierten Hotel Kosten in Höhe von 1.740 € für sie selbst und 1.430 € für jede Begleitperson.

K macht nun für sich und die Begleitpersonen Ansprüche gegen B auf Ersatz der Kosten für die Reise geltend.

B) Die Entscheidung des Senates

Als Anspruchsgrundlage kommt der zwischen den Parteien geschlossene gerichtliche Vergleich in Frage (vgl. § 779 BGB).

Konkret könnte sich der Anspruch aus Ziffer 3 des Vertrages ergeben.

Danach sind Betreuungskosten zu erstatten, sofern sie tatsächlich entstehen und konkret nachzuweisen sind, und zwar „unter Beachtung der medizinischen Notwendigkeit“

Dazu zählt das Gericht auch die hier angefallenen Kosten, was der BGH nicht beanstandet. Er führt aus:

„Es begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, dass das Berufungsgericht unter den Begriff der Pflege- und Betreuungskosten im Grundsatz auch solche Ausgaben gefasst hat, die erforderlich waren, um die Betreuung der Klägerin außerhalb ihres gewöhnlichen Aufenthaltsorts - während einer von ihr gewählten Ortsveränderung und an einem anderen Aufenthaltsort - zu gewährleisten. Denn auch diese Aufwendungen dienen dem Zweck, den behinderungsbedingten Betreuungsbedarf der Klägerin zu befriedigen. Die Revision rügt in diesem Zusammenhang ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe verkannt, dass es vorliegend nicht um die unmittelbaren Betreuungskosten gehe, die unabhängig vom Aufenthaltsort der Klägerin anfielen, sondern um Reisekosten der Betreuungspersonen und der Klägerin. Mit diesem Gesichtspunkt hat sich das Berufungsgericht ausdrücklich befasst; es hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass dem Vergleich weder nach dem Wortlaut noch den Umständen des Streitfalles eine Beschränkung der Ersatzpflicht der Beklagten auf unmittelbare Betreuungskosten zu entnehmen ist. Die Revision zeigt keinen Rechtsfehler der vom Berufungsgericht vorgenommenen Vertragsauslegung auf, sondern nimmt lediglich in revisionsrechtlich unbeachtlicher Weise eine von der tatrichterlichen Würdigung abweichende Auslegung der vertraglichen Vereinbarung vor.“

Entscheiden ist aus Sicht des BGH folgender Aspekt:

„Denn es (dh. eine Beschränkung auf medizinisch notwendige Ortswechsel) führte dazu, dass die aufgrund des Behandlungsfehlers der Beklagten in jeder Hinsicht auf eine Betreuung angewiesene Klägerin ihren Aufenthaltsort nur aus medizinisch notwendigen Gründen verändern könnte. Hierdurch wäre aber der der Klägerin gegen die Beklagte zustehende Schadensersatzanspruch in einer der Interessenlage der Parteien nicht entsprechenden Weise verkürzt. Der Klägerin wäre eine Teilhabe am gesellschaftlichen und kulturellen Leben - wie beispielsweise an einem Familienfest oder einer Theateraufführung - erschwert“

Abschließende Hinweise

1. Die Thematik des Schadensersatzes bei Behinderungen durch Geburtsfehler ist ein beliebtes Klausurthema, genauso wie das damit verwandte Problem des Schadensersatzes wegen fehlerhafter genetischer Beratung. Die aktuelle Entscheidung ist damit sehr gut kombinierbar.
2. Inhaltlich überzeugt die Entscheidung auch in vollem Umfang, da sie notwendige medizinische Kosten nicht auf das physische Existenzminimum reduziert. Letzteres hätte zur Folge, dass Behinderte bei diesen Regelungen kaum ein menschenwürdiges Leben führen könnten.

Prof. Dr. *Christian F. Majer*

Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und
Ordnungswidrigkeitenrecht
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen
Ludwigsburg

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Keine Entstehung einer Dienstbarkeit durch Gewohnheitsrecht

Urteil vom 24. Januar 2020, Az.: V ZR 155/18

1. Gewohnheitsrecht kann als dem Gesetz gleichwertige Rechtsquelle allgemeiner Art nur zwischen einer Vielzahl von Rechtsindividuen und in Bezug auf eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen entstehen, nicht aber beschränkt auf ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn.

2. In einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn kann ein Wegerecht nach dem BGB außerhalb des Grundbuchs nur aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung oder als Notwegerecht unter den Voraussetzungen des § 917 BGB entstehen.

3. Die im Sinne von § 917 Absatz 1 S. 1 BGB ordnungsmäßige Benutzung eines Gewerbegrundstücks kann es nach den Umständen des Einzelfalls erfordern, dass auf dem verbindungslosen Grundstücksteil Kraftfahrzeuge be- und entladen sowie gegebenenfalls auch abgestellt werden, so dass eine Zufahrt erforderlich ist; dies setzt aber in der Regel voraus, dass das Grundstück nach seinen konkreten Verhältnissen eine gewerbliche Nutzung größeren Umfangs erlaubt.

(Amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt

A ist Eigentümer eines Grundstücks am Straßenrand und betreibt dort ein Gewerbe, das dahinter liegende, ebenfalls in seinem Eigentum stehende und mit einer Garage bebaute Grundstück, ist nur über einen Weg über das Grundstück des B erreichbar, was B aber über 30 Jahre lang geduldet hat. B veräußert das Grundstück an C, dieser erklärt A gegenüber, die Nutzung nicht mehr zu dulden und dass er den Leihvertrag kündigt. Er begann damit, Sperren auf seinem Grundstück zu bauen

Nun macht A Ansprüche gegen C auf Unterlassung des Baus der Sperre geltend.

B) Die Entscheidung des Senates

Streitentscheidend war damit, ob, bzw. inwieweit dem A die geltend gemachten Ansprüche zustehen.

I. §§ 1027, 1004 BGB

Ein Anspruch aus §§ 1027, 1004 BGB kommt nicht in Frage, da eine Dienstbarkeit nicht besteht.

II. §§ 1027, 1004 BGB analog

In Betracht kommt aber eine entsprechende Anwendung der §§ 1027, 1004 BGB. Das Berufungsgericht hatte diese unter Berufung auf Gewohnheitsrecht bejaht. Der BGH verwirft dies jedoch und führt aus:

„Gewohnheitsrecht kann als dem Gesetz gleichwertige Rechtsquelle allgemeiner Art nur zwischen einer Vielzahl von Rechtsindividuen und in Bezug auf eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen entstehen, nicht aber beschränkt auf ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn“

Daher gilt hier:

„In einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn kann ein Wegerecht nach dem BGB außerhalb des Grundbuchs nur aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung oder als Notwegerecht unter den Voraussetzungen des § 917 BGB entstehen, nicht aber durch eine – sei es auch jahrzehntelange – Übung unter Grundstücksnachbarn, die in der Annahme erfolgt, hierzu schuldrechtlich oder nach § 917 BGB berechtigt bzw. verpflichtet zu sein.“

Im Gegensatz zu ausländischen Rechtsordnungen ist die Entstehung einer Dienstbarkeit durch Gewohnheitsrecht nach dem BGB ausgeschlossen, so der BGH:

„Der Gesetzgeber des BGB hat sich hingegen mit § 873 Abs. 1 BGB bewusst für eine Anwendung des Eintragungsprinzips auf die Grunddienstbarkeit entschieden, das Ausnahmen nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässt. Hiermit wollte er gerade den Erwerb von Grunddienstbarkeiten im Wege der Ersitzung ausschließen und der damit verbundenen Gefahr vorbeugen, dass „durch fortgesetzten Missbrauch einer Gefälligkeit ein Recht erschlichen werde“ (Motive III, 165), und dass „verwickelte und kostspielige Rechtsstreitigkeiten [entstehen] zwischen demjenigen, welcher eine Dienstbarkeit in Anspruch nimmt, und dem Erwerber des Grundstücks, der von derselben keine Kenntnis erhalten hat, bzw. zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer“ (Motive III, 165 f.). Die Eintragung des Rechts stelle die Beziehungen der Beteiligten zueinander der Regel nach vollständig klar (Motive III, 166). Diesem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers widerspräche es, wenn Grunddienstbarkeiten zwischen Grundstücksnachbarn ohne Eintragung in das Grundbuch allein durch eine langjährige Übung entstehen könnten.“

Ein Anspruch analog §§ 1027, 1004 BGB scheidet also auch aus

III. Leihvertrag (§ 598 BGB)

Auch ein Anspruch aus Schuldvertrag besteht nicht, denn, so der BGH:

„Als solches käme allenfalls ein Leihvertrag nach § 598 BGB in Betracht, dessen Zustandekommen das BerGer. indes nicht festzustellen vermochte. Im Übrigen könnte ein solcher Leihvertrag, wenn er denn auf die Kl. und die Bekl. übergegangen wäre, jederzeit gekündigt werden, er wäre daher durch die von der Bekl. im Jahre 2016 erklärte Kündigung beendet worden.“

IV. Notweg (§ 917 BGB)

Übrig bleibt nur ein Anspruch aus § 917 BGB, welcher aber nach dem BGH ebenfalls nicht vorliegt:

„Liegt ein Grundstück – wie hier – mit seiner Vorderseite an einem öffentlichen Weg, ist die Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen, die für die ordnungsmäßige Benutzung eines Wohngrundstücks in der Regel notwendig ist Eine Zufahrt über das Nachbargrundstück, um das Fahrzeug aus Gründen der Bequemlichkeit oder Zweckmäßigkeit auf dem eigenen Wohngrundstück abstellen zu können, ist dem Eigentümer aus dem Notwegrecht nach § 917 BGB aber nicht zuzubilligen.“

Nachteile, die für die Kl. damit verbunden sind, dass sie die in den hinteren Bereichen ihrer Grundstücke abgestellten Mülltonnen zu den jeweiligen Abfahrzeiten durch ihre Wohnhäuser hindurch an die öffentliche Straße verbringen müssen, könnten ein Notwegrecht ebensowenig rechtfertigen. Dies gilt auch für die etwaige Notwendigkeit, sich angesichts zu schmaler Hausflure bzw. anderer Räumlichkeiten kleinere Mülltonnen zu beschaffen, um den Transport durch das Haus hindurch zu ermöglichen.“

Abschließende Hinweise

1. Das Urteil ist von hoher Bedeutung, da derartige durch ständige Übung verfestigte Benutzungsverhältnisse häufig vorkommen.
2. Nachbarrecht ist zudem eine beliebte Materie für Examenklausuren, das gilt insbesondere für den vorliegenden Fall, mit welchem noch schuldrechtliche Folgeprobleme kombiniert werden können
3. Im Klausuraufbau sind – abweichend vom Aufbau des BGH – Ansprüche aus Leihvertrag vor den dinglichen Ansprüchen zu prüfen

Prof. Dr. *Christian F. Majer*

Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und
Ordnungswidrigkeitenrecht
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen
Ludwigsburg

► **Inhaltsverzeichnis**



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E robert.krywalski@cms-hs.com

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Überprüfung der Beweiswürdigung in der Revision

Urteil vom 09.01.2020, Az.: 3 StR 288/19

1. Die Beweiswürdigung ist rechtsfehlerhaft, wenn das Tatgericht zugunsten des Angeklagten von Annahmen ausgeht, für deren Vorliegen es keine tatsächlichen Anhaltspunkte gibt.

2. Kommt eine Verurteilung wegen einer Tatbeteiligung am Mord in Betracht, muss eine Verurteilung wegen Strafvereitelung aufgrund des persönlichen Strafaufhebungsgrundes des § 258 Abs. 5 StGB ausscheiden, wenn bei der Umlagerung der Leiche geholfen wird.

(Leitsätze der Bearbeiterin)

A) Sachverhalt

Im Wesentlichen hat das Landgericht festgestellt:

Hinweis

Vorliegend ist geht es um die Erfolgsaussichten einer Revision wegen sachlichrechtlicher Fehler. Grundlage einer diesbezüglichen Überprüfung des Urteils ist ausschließlich die Urteilsurkunde sowie Abbildungen nach § 267 Abs. 1 S. 3 StPO.¹

Der Mitangeklagte tötete seinen Großvater E. S. und seine Großmutter C. S. in deren Wohnhaus. Am Tattag „rief der Mitangeklagte den Angeklagten an und verabredete mit ihm, sich am Nachmittag zu treffen. [...] Den Großeltern des Mitangeklagten war der Angeklagte unbekannt; er hatte sich nie zuvor in deren Wohnhaus aufgehalten.“ Der Mitangeklagte und der Angeklagte begaben sich am Nachmittag „zum Grundstück der Großeltern des Mitangeklagten. Der Angeklagte befand sich nach 16:30 Uhr in unmittelbarer Nähe des Wohnhauses der Großeltern des Mitangeklagten auf deren Grundstück.“

Zwischen dem Mitangeklagten und E. S. kam es zum Streit, „in dessen Verlauf E. S. seinem Enkel [...] einschneidende Konsequenzen in finanzieller Hinsicht ankündigte. [...] Aus Wut, Enttäuschung und Verzweiflung über das Verhalten seines Großvaters, 'das in seinen Konsequenzen seinem bisherigen Leben die Grundlage entzog', erfasste [der Mitangeklagte] einen in dem Zimmer befindlichen Gegenstand und schlug damit mehrfach auf den Kopf von E. S. ein. Schließlich strangulierte er ihn mit einem langen, schmalen Gegenstand, bis sein Großvater verstarb.“ C. S. „hatte von den Ereignissen im Erdgeschoss nichts mitbekommen. Der Mitangeklagte entschloss sich nunmehr, sie ebenfalls zu töten, um die zum Nachteil seines Großvaters begangene Tat zu verdecken. Er begab sich ins Obergeschoss, trat von hinten an seine arg- und wehrlose Großmutter heran und fügte ihr [...] ebenfalls schwere Kopfverletzungen zu; als er einige Zeit später bemerkte,

dass C. S. noch lebte, erdrosselte er schließlich auch sie. [...] Zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt, nachdem er seinen Großvater getötet hatte, ließ der Mitangeklagte den Angeklagten ins Haus ein. Der Angeklagte zog sich Handschuhe an, um keine Spuren zu hinterlassen, und ging mit dem Mitangeklagten in das Schlafzimmer von E. S.. Gemeinsam lagerten sie dessen Leichnam um, indem sie ihn anhoben, vom Bauch auf den Rücken drehten, vom Bett herunternahmen und längs zum Bett auf den Fußboden legten. [...] Davon, dass der Angeklagte an den Taten des Mitangeklagten beteiligt war, hat sich die Strafkammer nicht zu überzeugen vermocht. Dem liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde: [...] Aufgrund der Spurenlage am Tatort stehe zwar fest, dass sich der Angeklagte Handschuhe angezogen und gemeinsam mit dem Mitangeklagten den Leichnam von dessen Großvater umgelagert habe. Sichere Schlüsse auf die konkrete Art seiner Beteiligung als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) oder als Gehilfe (§ 27 Abs. 1 StGB) 'an dem Tatkerngeschehen' ließen sich daraus aber nicht ziehen. [...] Aus der Anwesenheit des Angeklagten zur Tatzeit am Tatort könne nicht auf seine Tatbeteiligung geschlossen werden. Letztlich habe nicht aufgeklärt werden können, warum sich der Angeklagte dort aufgehalten habe. Es sei nicht auszuschließen, dass er den Mitangeklagten begleitet habe, weil beide den weiteren Abend gemeinsam hätten verbringen wollen oder weil der Mitangeklagte gehofft habe, im Falle eines Streits mit seinem Großvater über die Modalitäten der Schenkungssteuer 'gewappnet' zu sein, auf ein eigenes Engagement verweisen und mit dem Angeklagten einen Geschäftspartner präsentieren zu können, der ihn dabei unterstütze, seinem Großvater die Wirtschaftlichkeit seiner Aktivitäten zu erläutern.“

B) Verfahrensgang

„Das Landgericht hat den Angeklagten von dem Vorwurf des - gemeinschaftlich mit dem Mitangeklagten B. S. begangenen - zweifachen Mordes aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Den Mitangeklagten hat es wegen Totschlags und Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe verurteilt und die besondere Schwere der Schuld festgestellt. Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrer auf die Sachrüge gestützten Revision gegen den Freispruch des Angeklagten.“

Hinweis

Die Grenzen der revisionsgerichtlichen Nachprüfung werden maßgeblich durch die Art der gewählten Rügen bestimmt, vgl. § 352 Abs. 1 StPO, wobei die (umfassend erhobene) Sachrüge zur Überprüfung des ganzen Urteils in materiell-rechtlicher Hinsicht führt.²

¹ Russack, Die Revision in der strafrechtlichen Assessor Klausur, 13. Aufl. (2019), Rn. 519.

² Gericke, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. (2019), § 337 Rn. 5.

C) Die Entscheidung des Senates

Die Revision der Staatsanwaltschaft hätte Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet wäre.

I. Zulässigkeit der Revision

Da vorliegend ein Urteil eines Landgerichts angefochten wurde, ist die Revision gem. § 333 StPO statthaft. Die Staatsanwaltschaft ist gem. § 296 Abs. 1 StPO rechtsmittelberechtigt. Sie kann Urteile nach pflichtgemäßem Ermessen anfechten, die den Geboten der Rechtspflege nicht entsprechen.³ Es ist davon auszugehen, dass die Revision auch form- und fristgerecht eingelegt und ordnungsgemäß begründet wurde, §§ 341, 344, 345 StPO. Die Revision ist daher zulässig.

II. Begründetheit der Revision

Die Revision müsste auch begründet sein.

1. Sachlichrechtliche Rechtsverletzungen

a) Darstellungsprüfung

Die Revisionsgerichte prüfen im Rahmen der Sachrüge auch, ob der vom Tatgericht zur Schuld- und Rechtsfolgenfrage festgestellte Sachverhalt so beschaffen ist, dass er eine rechtliche Überprüfung ermöglicht (Darstellungsprüfung).⁴

aa) Beweiswürdigung

„Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts (§ 261 StPO). Ihm obliegt es, sich eine Überzeugung von der Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu bilden. Es kommt nicht darauf an, ob das Revisionsgericht angefallene Erkenntnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte. Daran ändert sich nicht einmal dann etwas, wenn eine vom Tatgericht getroffene Feststellung 'lebensfremd erscheinen' mag [...]. Die revisionsgerichtliche Prüfung hat sich darauf zu beschränken, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn das Tatgericht überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat [...]. Rechtsfehlerhaft ist die Beweiswürdigung auch dann, wenn eine nach den Feststellungen naheliegende Schlussfolgerung nicht gezogen ist, ohne dass konkrete Gründe angeführt sind, die dieses Ergebnis stützen können [...]. Das Tatgericht darf bei der Überzeugungsbildung Zweifeln keinen Raum geben, die lediglich auf einer abstrakt-theoretischen Möglichkeit gründen [...]. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zugunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten Anhaltspunkte erbracht hat [...]. Alternative, für den Angeklagten günstige Geschehensabläufe sind erst dann bedeutsam, wenn für ihr Vorliegen konkrete Anhaltspunkte erbracht sind [...].“

Fraglich ist, ob die dem Freispruch des Angeklagten zugrundeliegende Beweiswürdigung diesen Anforderungen genügt:

„Die Strafkammer ist bei ihrer Überzeugungsbildung zugunsten des Angeklagten von Annahmen ausgegangen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis den Urteilsgründen zufolge keine tatsächlichen Anhaltspunkte ergeben hat. [...] Dies gilt zunächst für die von der Strafkammer in Betracht gezogene Möglichkeit, dass sich der Angeklagte zu dem Grundstück der Großeltern des Mitangeklagten begab, weil er im Anschluss an dessen Besuch bei den Großeltern gemeinsam mit diesem etwas unternehmen wollte. [...] Hinweise auf eine geplante gemeinsame Unternehmung nach dem Besuch des Mitangeklagten bei seinen Großeltern lassen sich weder den Angaben des Angeklagten noch denjenigen des Mitangeklagten entnehmen. [...] Auch sonst haben sich nach den Urteilsgründen keine Umstände ergeben, die darauf hindeuten, dass der Angeklagte und der Mitangeklagte verabredet hatten, den Abend des Tattages gemeinsam zu verbringen. Erst recht ist nichts dafür ersichtlich, weshalb es im Hinblick auf eine gemeinsame Unternehmung am Abend des Tattages erforderlich gewesen sein sollte, dass der Angeklagte den Mitangeklagten zum Grundstück von dessen Großeltern begleitete.“
[...] „Auch für die von der Strafkammer in Betracht gezogene Möglichkeit, dass sich der Angeklagte auf dem Grundstück der Großeltern des Mitangeklagten aufhielt, weil dieser ihn gegebenenfalls seinem Großvater als Geschäftspartner präsentieren wollte, lassen sich den Urteilsgründen keine Anhaltspunkte entnehmen.“ Vielmehr „erweist sich die Erwägung der Strafkammer, dass der Mitangeklagte den Angeklagten seinem Großvater möglicherweise gleichwohl als Geschäftspartner vorstellen wollte, weil er sich 'mit Rücksicht auf die drohende, von ihm zu begleichende Schenkungssteuer und der Kenntnis über seine finanziell beengte Situation in einer für ihn zugespitzten Lebenslage' befand [...], dass er den Angeklagten indes zunächst vor dem Haus warten ließ, 'weil es die Großeltern schlicht nicht zuließen, dass eine fremde und zudem noch unangemeldete Person mit in ihre Räumlichkeiten verbracht wurde' [...], als bloße denktheoretische Möglichkeit.“

bb) Beruhen

Das Urteil muss auch auf diesem Rechtsfehler beruhen, § 337 StPO. Das ist der Fall, wenn der Fehler sich kausal ausgewirkt hat, wobei ausreichend ist, dass sich dies nicht ausschließen lässt.⁵

„Es ist nicht auszuschließen, dass das Landgericht ohne die zugunsten des Angeklagten zugrunde gelegten Annahmen, dass sich der Angeklagte zur Tatzeit am Tatort aufhielt, weil er im Anschluss an den Besuch des Mitangeklagten bei dessen Großeltern mit diesem etwas unternehmen oder weil der Mitangeklagte ihn gegebenenfalls seinem Großvater als Geschäftspartner präsentieren wollte, im Hinblick auf die Tatbeteiligung des Angeklagten zu einem anderen Beweisergebnis gelangt wäre. Die Strafkammer hat in der

³ Kock/Neumann, Strafurteil und Revisionsrecht in der Assessor Klausur, 8. Aufl. (2015), Rn. 249.

⁴ Russack, Die Revision in der strafrechtlichen Assessor Klausur, 13. Aufl. (2019), Rn. 522.

⁵ Wiedner, in: BeckOK StPO, 36. Edit. (01.01.2020), § 337 Rn. 180.

Anwesenheit des Angeklagten am Tatort ein Indiz für seine Tatbeteiligung gesehen [...].“

Das Urteil beruht damit auf diesem Rechtsfehler.

cc) Zwischenergebnis

„Die dem Freispruch des Angeklagten zugrundeliegende Beweiswürdigung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.“

„Die Sache bedarf deshalb, soweit es die Tatbeteiligung des Angeklagten betrifft, neuer Verhandlung und Entscheidung.“ Das Gericht „wird die Sache betreffend den Angeklagten umfassend neu zu verhandeln haben, ohne an die Feststellungen des insoweit rechtskräftigen Urteils gegen den Mitangeklagten gebunden zu sein [...].“

b) Gesetzesanwendung

Es könnte zudem das sachliche Recht verletzt sein. Dies ist der Fall, wenn das Tatgericht auf der Schuld- oder Rechtsfolgenseite ein auf den von ihm selbst festgestellten Sachverhalt nicht anzuwendende Norm angewendet hat.⁶

Hinweis

Das Revisionsgericht sah sich aufgrund der „in der Revisionsinstanz vorgetragene Rechtsauffassungen im Hinblick auf die neue Hauptverhandlung“ veranlasst, folgenden Hinweis zu geben:

„Falls das neue Tatgericht eine Tatbeteiligung des Angeklagten wiederum für möglich, aber nicht als erwiesen erachtet und lediglich festzustellen vermag, dass der Angeklagte dem Mitangeklagten beim Umlagern des Leichnams von E. S. half, kommt eine Strafbarkeit des Angeklagten unter dem Gesichtspunkt der (versuchten oder vollendeten) Strafvereitelung (§ 258 StGB) nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Betracht. Die Hilfeleistung des Angeklagten beim Umlagern des Leichnams von E. S. könnte zwar zumindest dazu gedient haben, den Mitangeklagten dabei zu unterstützen, die Taten als Raubmord erscheinen zu lassen und dadurch dessen Strafverfolgung zu vereiteln. Einer Postpendenzfeststellung steht aber die mögliche Beteiligung des Angeklagten an der Vortat entgegen.“

Hinweis

Bei der Postpendenz handelt es sich um Fallkonstellationen einseitiger Sachverhaltsungewissheit, in denen das Nachtatverhalten erwiesen ist und die Strafbarkeit wegen der Nachtat nur deshalb fraglich bleibt, weil der Täter möglicherweise auch die zeitlich vorangegangene Vortat verwirklicht hat und in diesem Fall nicht (auch) wegen der Nachtat verurteilt werden könnte.⁷

„Im Hinblick darauf stellt sich sein Verhalten zugleich als Selbstbegünstigung dar, so dass ihm der persönliche Strafaufhebungsgrund des § 258 Abs. 5 StGB zugutekommt [...].“

anderes soll nur dann gelten, falls § 258 Abs. 5 StGB aus besonderen Gründen nicht eingreift, etwa weil die Vortat und die Vereitelungshandlung im Verhältnis von vorheriger Zusage eines falschen Alibis zu deren späterer Einlösung nach der Tat stehen [...]. Eine Verurteilung des Angeklagten auf alternativer Grundlage scheidet ebenfalls aus. Für eine Wahlfeststellung zwischen einer Beteiligung an einem Tötungsdelikt und einer Strafvereitelung zugunsten möglicher anderer Täter fehlt es an der erforderlichen rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit [...].“

2. Zwischenergebnis

Das Urteil leidet an einem sachlichrechtlichen Fehler, auf dem es beruht.

III. Ergebnis

Die Revision der StA ist iSd. § 353 StPO begründet. Daher „wird das Urteil des Landgerichts [...], soweit es den Angeklagten P. betrifft, mit den Feststellungen aufgehoben. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine Strafkammer des Landgerichts [...] zurückverwiesen.“

E) Abschließende Hinweise zur Entscheidung

Die Entscheidung veranschaulicht die Anforderungen, die an die Beweiswürdigung des Tatgerichts zu stellen sind. Die Beweiswürdigung muss auf einer tragfähigen, verstandesmäßig einsehbaren Tatsachengrundlage beruhen und der Schluss auf die Schuld des Angeklagten muss aus rationalen Gründen⁸ möglich sein.⁹ Das Revisionsgericht prüft auf die Sachrüge hin, ob die tatrichterliche Beweiswürdigung in der Art, wie sie sich aus den Urteilsgründen ergibt, den Beweisstoff lückenlos ausgeschöpft hat und keine Widersprüche oder Verstöße gegen die Denkgesetze oder Erfahrungssätze aufweist.¹⁰

Dr. Caprice Doerbeck

Referendarin
Oberlandesgericht Stuttgart
Tübingen

► Inhaltsverzeichnis

⁶ Russack, Die Revision in der strafrechtlichen Assessor Klausur, 13. Aufl. (2019), Rn. 535.

⁷ Hecker, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Aufl. (2019), § 1 Rn. 62.

⁸ BGH NSTZ 1988, 236 (237),

⁹ Russack, Die Revision in der strafrechtlichen Assessor Klausur, 13. Aufl. (2019), Rn. 527 m.w.N.

¹⁰ Ott, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. (2019), § 261 Rn. 204.

RECHTSPRECHUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

Meinungsäußerungsfreiheit: „frecher Juden-Funktionär“ als strafbare Volksverhetzung

Beschluss vom 07.07.2020, Az.: 1 BvR 479/20*

1. Das Grundgesetz kennt kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip, das ein Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts erlaubt. (Rn. 14)

2. Maßgeblich für die Beurteilung einer Äußerung [ist] diese selbst und ihr unmittelbarer Kontext, nicht die innere Haltung oder die parteiliche Programmatik, die möglicherweise den Hintergrund einer Äußerung bilden. (Rn. 15)

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt¹

Im August 2016 wurde infolge eines Fernsehbeitrags des Westdeutschen Rundfunks bekannt, dass der Verleger des Amtsblattes der Gemeinde P über seinen Verlag auch Schriften rechtsradikalen Inhaltes herausgibt. Im Zuge des Beitrages kam auch der Vorsitzende der jüdischen Gemeinde in H zu Wort und forderte, dass das Amtsblatt der Gemeinde P aufgrund dieser neuen Erkenntnisse künftig von einem anderen Verlag herausgegeben werde.

B, seines Zeichens Bundesvorsitzender der Partei DIE RECHTE, veröffentlichte als Reaktion hierauf auf einer von ihm verantworteten Website einen Beitrag mit der Überschrift „Staatsfunk, Linke und Jüdische Gemeinde hetzen gegen Verleger“. In selbigem kritisiert er, dass hier der Versuch unternommen werde, „Dissidenten ... mundtot zu machen“, wie man am Fall des „politisch[] nonkonformen Verlegers“ in P. beobachten könne, dessen „Deutsche Verlagsgesellschaft [...] diverse zeitgeistkritische Bücher im Programm“ habe. Darunter auch eines „über vorbildliche und bewährte Männer der Waffen-SS. [...] politisch korrekten Sittenwächtern [in den Medien, stoße das] natürlich sauer auf“. Wörtlich heißt es weiter:

„Noch dreister gebärdet sich [...], Vorsitzender der Jüdischen Gemeinde H., wohnhaft ... Selbstgefällig fordert der freche Juden- Funktionär die Stadt dazu auf, ‚umgehend Konsequenzen zu ziehen und sich von [Name des Verlags] zu trennen‘. [...D]a muss die Stadt natürlich Konsequenzen ziehen und sich sofort einen neuen Drucker suchen – vielleicht, als Akt der Reue, sogar einen jüdischen?“

Der Artikel spricht weiter von einer „massiven Hetzkampagne von Medien, Linken und Jüdischer Gemeinde“. Man solle daher „jegliche Kooperation mit der Jüdischen Gemeinde H. unverzüglich ein[]stellen“. Der Beitrag endet sodann mit der Ankündigung:

„DIE RECHTE würde den Einfluss jüdischer Lobbyorganisationen auf die deutsche Politik in aller kürzester Zeit auf genau Null reduzieren. Da wir der Meinung sind, dass sich der Staat religiös strikt neutral zu verhalten hat, würden wir auch sämtliche staatliche Unterstützung für jüdische Gemeinden streichen und das Geld für das Gemeinwohl einsetzen.

DIE RECHTE – die Partei für deutsche Interessen.“

B) Verfahrensgang

I. Für die getätigten Äußerungen wurde der B vom AG Bielefeld wegen Volksverhetzung (§ 130 StGB) und Beleidigung (§ 185 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten verurteilt, deren Vollzug nicht zur Bewährung ausgesetzt wurde (vgl. § 56 Abs. 1 StGB).²

II. Die hiergegen eingelegte Berufung wies das LG Bielefeld zurück.³ Zum Aussagegehalt der von B getätigten Äußerungen führte es unter anderem aus⁴:

„Der Betroffene werde durch die Bezeichnung ‚frecher Juden-Funktionär‘ in seiner Funktion als Angehöriger der jüdischen Bevölkerungsgruppe angesprochen. Eine solche herabsetzende öffentliche Adressierung unter Verwendung nationalsozialistischer Terminologie sei als eine Aufstachelung zum Hass im Sinne von § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu werten. Denn dadurch werde dem Betroffenen implizit, aber beabsichtigt und eindeutig, der Status zugeordnet, den ein Jude im Nationalsozialismus gehabt habe, nämlich als ein Mensch ohne Würde und Existenzrecht und insofern als jemand, auf den sich Hass entladen könne und solle. Eine solche Bezugnahme auf Ideen und Methoden des Nationalsozialismus werde auch aus dem Gesamtkontext deutlich, insbesondere der lobenden Erwähnung von Männern der Waffen-SS und dem Passus, die Partei DIE

*Der Autor dankt Frau cand.-iur. Laura Lütt für die Durchsicht des Manuskriptes und ihre hilfreichen Anmerkungen.

¹ BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 07.07.2020, 1 BvR 479/20, Rn. 1-4.

² AG Bielefeld, Urt. v. 22.02.2018, 39 Ds 1027/17 (nicht veröffentlicht).

³ LG Bielefeld, Urt. v. 10.10.2019, 011 Ns 39/18.

⁴ LG Bielefeld, Urt. v. 10.10.2019, 011 Ns 39/18, Rn. 42 ff.; zitiert nach BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 07.07.2020, 1 BvR 479/20, Rn. 6

RECHTE werde den Einfluss jüdischer Lobbyorganisationen auf die deutsche Politik in aller kürzester Zeit auf Null reduzieren.“

Dass das Gesagte vom Publikum auch so aufgefasst würde und von B so intendiert war, stand für das Berufungsgericht außer Frage⁵:

„Denn es sei gebildeten Lesern, insbesondere dem Beschwerdeführer und dem Betroffenen, bekannt, wie die Nationalsozialisten letzteres Ziel zu erreichen versucht hätten, nämlich durch Ghettoisierung und Vernichtung von Personen jüdischen Glaubens. In dieser Vernichtungsrhetorik liege letztlich ein Gutheißes von Gewalt gegen Personen jüdischen Glaubens, allerdings noch kein konkretes Auffordern zu Gewalt- und Willkürmaßnahmen.“

Schließlich bestehen gegen eine Verurteilung wegen Volksverhetzung auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere gebiete die Berücksichtigung der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) kein anderes Ergebnis⁶:

„Die Äußerung sei auch nicht durch die Meinungsfreiheit gedeckt. Insbesondere stehe hier nicht infrage, inwieweit der Betroffene wegen seiner vorherigen Äußerung auch scharfe und polemische Kritik hinnehmen müsse. Entscheidend sei vielmehr die Bezugnahme auf und positive Identifizierung mit dem Nationalsozialismus, aus der sich in besonderem Maß ein von der Meinungsfreiheit nicht geschütztes Aufstacheln zum Hass herleiten lasse. Diesbezüglich habe das Bundesverfassungsgericht in seiner Billigung des § 130 Abs. 4 StGB von der Anforderung der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze eine Ausnahme anerkannt für Vorschriften, die auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zielen. In diesem Lichte betrachtet seien die Formulierungen wegen der Bezugnahme auf nationalsozialistische Ideen und Methoden auch in einer politischen Diskussion nicht hinnehmbar.“

III. Eine hiergegen eingelegte Revision des B verwarf das OLG Hamm ohne Begründung im Beschlusswege als „offensichtlich unbegründet“ (vgl. § 349 Abs. 2 StPO).⁷

IV. Vor der Kammer rügt der B nun im Wege der Individualverfassungsbeschwerde eine Verletzung seines Rechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) durch die angegriffenen Entscheidungen.

C) Die Entscheidung der Kammer

Hinweis

Wenn die verfassungsrechtlichen Fragen, welche in einer Streitigkeit relevant werden, bereits durch das BVerfG geklärt sind, kann die Entscheidung auch von einer der Kammern – also in der Besetzung mit drei Berufsrichtern – getroffen werden (§ 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG). Aus diesem Grunde geht es in der hier untersuchten Entscheidung auch nicht um die Frage der Auslegung von Verfassungsrecht, sondern „nur“ darum, ob dieses bzw. seine Auslegung durch das BVerfG vom Rechtsanwender beachtet wurden.⁸

Nichtsdestotrotz kann weiterhin nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts die Verfassungsbeschwerde begründen, sodass es in der Sache darauf ankommt, ob die Fachgerichte – insbesondere das OLG Hamm – die Reichweite der Meinungsfreiheit in seiner Ausgestaltung durch das BVerfG bei der Entscheidung hinreichend berücksichtigt haben.⁹

Es ist mithin – in den Worten der Kammer – der Frage nachzugehen, ob „die Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung des die Meinungsfreiheit beschränkenden § 130 Abs. 1 StGB [...] die wertsetzende Bedeutung der Meinungsfreiheit auf der Rechtsanwendungsebene“ gewahrt haben.¹⁰

I. Schutzbereich und Eingriff

Hinsichtlich der Eröffnung des Schutzbereiches und des Eingriffes in selbigen durch die angegriffenen Entscheidungen fasst sich die Kammer kurz. Man sieht keine Zweifel daran, dass es sich bei den Aussagen um Meinungen handelt und durch die Verurteilung und deren subsequenter Bestätigung wurde B für die Äußerung eben jener Meinung sanktioniert.

Es handelt sich daher um einen finalen, unmittelbaren, rechtsförmigen und mit Zwang durchsetzbaren – mithin „klassischen“ – Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit des B.

II. Rechtfertigung

Mit Blick auf die Rechtfertigung verweist die Kammer auf die Schranke der „allgemeinen Gesetze“ in Art. 5 Abs. 2 GG, welche – neben dem Erfordernis formeller und materieller Rechtmäßigkeit – insbesondere nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet sein dürfen.¹²

Speziell im Hinblick auf die Volksverhetzung ist das nicht unproblematisch, da insbesondere § 130 Abs. 4 StGB die Verherrlichung des Nationalsozialismus und eben nicht die Verherrlichung von Unrechtsregimen im Allgemeinen unter Strafe stellt.

⁵ Ibid.

⁶ LG Bielefeld, Urt. v. 10.10.2019, OI Ns 39/18, Rn. 49 f.; zitiert nach BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 07.07.2020, 1 BVR 479/20, Rn. 6

⁷ OLG Hamm, Beschl. v. 28.01.2020, III-3 RVs 1/20.

⁸ Vgl. Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Aufl. (2016), § 51 Rn. 67.

⁹ Sog. Heck'sche Formel: „Die Gerichte haben bei der Auslegung und Anwendung von einfachem Recht, insbesondere von Generalklauseln, den grundgesetzlichen Wertmaßstäben Rechnung zu tragen. Verfehlt ein Gericht diese Maßstäbe, so verletzt es als Träger öffentlicher Gewalt die außer acht gelassenen Grundrechtsnormen; sein Urteil muss auf eine Verfassungsbeschwerde

hin vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben werden.“ (BVerfGE 18, 85 (92 f.)); weiterführend: Lechner/Zuck, BVerfGG, 7. Aufl. (2015), § 90 Rn. 98.

¹⁰ BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 07.07.2020, 1 BVR 479/20, Rn. 9, 16 mit Verweis auf BVerfGE 7, 198 (208 f.); 124, 300 (332, 342).

¹¹ Vgl. nur Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. (2018), Vorb. zu Abschn. I Rn. 78 ff.; Für die Fallbearbeitung Baade, JuS 2020, 311 (312) und Hobusch, JA 2019, 278 f.

¹² BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 07.07.2020, 1 BVR 479/20, Rn. 12; Vertiefend: Schemmer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 43. Ed. (15.05.2020), Art. 5 Rn. 99 mwN.

Die Kammer stellt insofern unter Bezugnahme auf die „Wunsiedel“-Entscheidung¹³ klar, dass hier zwar in der Tat eine Ausnahme vom Erfordernis des „allgemeinen“ Gesetzes zu machen ist, welche, wie die Kammer auch kurz erläutert, mit der historischen Ausgestaltung des Grundgesetzes begründet wird.¹⁴ Doch auch wenn diese Ausnahme jedenfalls in ihrer Herleitung keineswegs unumstritten ist,¹⁵ gilt sie doch anerkanntermaßen allein für Abs. 4 und nicht – wie das LG in seiner Entscheidung annahm (s.o.) – für den gesamten § 130 StGB.

Das wäre – wie die Kammer klarstellt – ohnehin nicht nötig, da der Abs. 1 der Norm mit der öffentlichen Sicherheit ein Interesse zu schützen bestimmt ist, welches sich gerade nicht gegen eine bestimmte Meinung richtet.¹⁶

Hinweis

„Öffentlicher Friede“ wird verstanden, als ein objektiv feststellbarer Zustand allgemeiner Rechtssicherheit, der es den Bürgern ermöglicht, frei von Furcht friedlich zusammenzuleben und sich subjektiv aufgrund des Vertrauens in die Fortdauer eben dieses Zustandes ihrer Ruhe und ihres Friedens sicher zu sein.¹⁷ Gestört ist er demnach, wenn das Vertrauen einer nicht unbeträchtlichen Personenmehrheit in diese Rechtssicherheit erschüttert und in der Folge ein gesellschaftliches Klima geschaffen wurde, welches durch allgemeine Unruhe, Unsicherheit oder Ausgrenzung und Diffamierung von Bevölkerungsteilen gekennzeichnet ist.¹⁸

Das macht deutlich, dass mit dem Straftatbestand der Volksverhetzung eben gerade nicht das Äußern einer bestimmten Meinung untersagt werden soll, sondern vielmehr allgemein Äußerungen in Wort und Schrift, die das gesellschaftliche Klima zu vergiften geeignet sind. Die Literatur spricht daher auch gelegentlich von einem „Klimaschutzdelikt“.¹⁹

Gerade weil das Grundgesetz – wie die Kammer es ausdrückt – kein „*allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip*“ kennt,²⁰ genügt die Einordnung einer Meinung in diesen Bereich allein daher nicht, um einen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit des Betroffenen zu rechtfertigen. Zum Prüfungsmaßstab führt die Kammer daher gesondert aus²¹:

„Dabei gewährleistet Art. 5 Abs. 1 und 2 GG die Freiheit der Meinung als Geistesfreiheit unabhängig von der inhaltlichen Bewertung ihrer Richtigkeit oder Gefährlichkeit. Art. 5 Abs. 1 und 2 GG erlaubt nicht den staatlichen Zugriff auf die Gesinnung, sondern ermächtigt erst dann zum Eingriff, wenn Meinungsäußerungen die rein geistige Sphäre

des Für-richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen [...].²² Dies ist der Fall, wenn sie den öffentlichen Frieden als Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung gefährden und so den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markieren [...].²³“

Speziell für Äußerungen über die jüdische Bevölkerung heißt es weiter:

„Für die Beurteilung von Äußerungen ist nach allgemeinen Grundsätzen ihre konkrete Wirkung im jeweiligen Kontext in Betracht zu nehmen. Dabei gebieten die besonderen Erfahrungen der deutschen Geschichte, insbesondere die damals durch zielgerichtete und systematische Hetze und Boykottaufrufe eingeleitete und begleitete Entrechtung und systematische Ermordung der jüdischen Bevölkerung Deutschlands und Europas, eine gesteigerte Sensibilität im Umgang mit der abwertenden Bezeichnung eines anderen als ‚Juden‘, zumal wenn sie durch weitere pejorative Zusätze ergänzt wird. Insoweit wird in der Regel zu prüfen sein, ob hierin eine die Friedlichkeitsgrenze überschreitende Aggression liegt. Je nach Begleitumständen im Einzelfall, insbesondere wenn die sich äussernde Person ersichtlich auf eine Stimmungsmache gegen die jüdische Bevölkerung zielt, sich in der Äußerung mit der nationalsozialistischen Rassenideologie identifiziert oder die Äußerungen sonst damit in direktem Zusammenhang stehen, kann darin eine menschenverachtende Art der hetzerischen Stigmatisierung von Juden und damit implizit verbunden auch eine Aufforderung an andere liegen, sie zu diskriminieren und zu schikanieren [...].²⁴ Maßgeblich für die Beurteilung einer Äußerung bleibt allerdings diese selbst und ihr unmittelbarer Kontext, nicht die innere Haltung oder die parteiliche Programmatik, die möglicherweise den Hintergrund einer Äußerung bilden [...].²⁵“

Ausschlaggebend für die Beurteilung einer Äußerung ist mithin deren Kontext.²⁶ Speziell für Aussagen mit Bezug zum Nationalsozialismus, der historische. Die Folge ist eine eher strenge Handhabe der Schranken der Meinungsfreiheit, wenn es um abwertende Aussagen über die jüdische Bevölkerung geht. Nichtsdestotrotz bedarf es aber des Überschreitens einer hier sog. „Friedlichkeitsgrenze“; in der Regel einer Aufforderung zur Diskriminierung oder zur Schikane. Die Kammer fordert damit, ähnlich der amerikanischen obergerichtlichen Rechtsprechung, stets einen impliziten oder expliziten „call to action“, soweit diskriminierende Äußerungen Gegenstand der Beurteilung sind.²⁷

¹³ BVerfG NJW 2010, 47 (49) – Wunsiedel.

¹⁴ BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 07.07.2020, 1 BVR 479/20, Rn. 13; weiterführend zur Begründung: BVerfG NJW 2010, 47 (51) – Wunsiedel. Zur Historischen Auslegung von Straftatbeständen mit Blick auf nationalsozialistische Schriften siehe: *Sebastian/Briske*, AfP 2013, 101 (104 f.) mwN.

¹⁵ Mit Recht kritisch zur Begründung des Senates in der „Wunsiedel“-Entscheidung u.a. *Askaryar*, KommJur 2010, 405 und *Salomon*, ZRP 2012, 48.

¹⁶ BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 07.07.2020, 1 BVR 479/20, Rn. 13.

¹⁷ RGSt 15, 116 (117); BGHSt 16, 49 (56) mwN.

¹⁸ Ausführlich: *Sebastian*, ZAR 2017, 153 (161) mwN.

¹⁹ BT-Drs. 12/8588, S. 8; BGH StV 2001, 395; JZ 2001, 1197; *Hörnle*, ZRP 2015, 62; *Bertram*, NJW 2005, 1476 (1477).

²⁰ BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 07.07.2020, 1 BVR 479/20, Rn. 14.

²¹ Ibid.

²² BVerfGE 124, 300 (330).

²³ Vgl. *ibid.*, 335.

²⁴ Vgl. BVerfG (1. Kammer), Beschl. v. 06.09.2000, 1 BvR 1056/95, Rn. 40; BGHSt 40, 97 (100).

²⁵ Vgl. BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 15.05.2019, 1 BvQ 43/19, Rn. 11.

²⁶ Für den Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu diesem Aspekt: *Sebastian*, JSE 2019, 24 (31).

²⁷ U.S. Supreme Court, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), S. 447: „[...] the principle that the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.“ Ganz

Gleichwohl müssen auch bei der Berücksichtigung des Kontexts einer Aussage gewisse Grenzen beachtet werden. So stellt die Kammer hier auf den „unmittelbaren Kontext“ einer konkreten Aussage ab. Es spielt damit insbesondere keine Rolle, welche Auffassungen von der politischen Partei vertreten werden, welcher derjenige angehört, welcher eine bestimmte Aussage tätigt – er muss diese schließlich nicht sämtlich teilen.²⁸ Anders gewendet: Es zählt die Äußerung, nicht die Einstellung.

Doch selbst mit dieser Einschränkung lässt die Kammer keine Zweifel daran, dass die Gerichte in den hier angegriffenen Entscheidungen „die wertsetzende Bedeutung der Meinungsfreiheit auf der Rechtsanwendungsebene“ bei der Auslegung und Anwendung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 130 StGB in ausreichendem Maße berücksichtigt haben²⁹:

Hinweis

Der Straftatbestand der Volksverhetzung verbietet bestimmte potentiell friedensstörende Äußerungen in Wort (Abs. 1) und Schrift (Abs. 2), sowie die sog. „Holocaust-Leugnung“ (Abs. 3) und das Rechtfertigen der NS-Herrschaft insbesondere in Versammlungen (Abs. 4).³⁰ Der hier einschlägige Abs. 2 besteht – wie die meisten Straftatbestände – im Wesentlichen aus drei Elementen:

1. Es bedarf der Vornahme einer der in § 130 Abs. 2 Nr. 1 lit. a)-d) StGB genannten Tathandlungen, welche
2. zur Störung des öffentlichen Friedens jedenfalls geeignet sein muss und die
3. nicht ausnahmsweise aufgrund ihrer Sozialadäquanz erlaubt ist (§ 130 Abs. 6 iVm. § 86 Abs. 3 StGB)

„Die Gerichte haben ihre Bewertung der bestraften Äußerungen als ein Aufstacheln zum Hass gegen die jüdische Bevölkerung eingehend und differenziert begründet. Dabei haben sie sich insbesondere nicht auf die allgemeine ideologische Ausrichtung des Beschwerdeführers und der von ihm mitvertretenen Partei DIE RECHTE, sondern auf die Äußerung selbst gestützt. [...]

Hinweis

Etwas problematisch ist die Einordnung der jüdischen Bevölkerung in den Tatbestand. Denkbare Kategorien sind „rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe“ oder ganz allgemein: „Teil der Bevölkerung“. Da jedenfalls eine der Möglichkeiten zutrifft, dürfte die Frage im Ergebnis keine Rolle spielen.³¹

ähnlich für den Geltungsbereich der EMRK: EGMR, Urt. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – E.S. v. Austria mAnm. ▶ **Sebastian**, JSE 2019, 24 (31).

²⁸ BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 07.07.2020, 1 BVR 479/20, Rn. 15 a.E. und BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 15.05.2019, 1 BvQ 43/19, Rn. 11.

²⁹ BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 07.07.2020, 1 BVR 479/20, Rn. 18.

³⁰ **Sebastian/Briske**, AfP 2013, 101 (106) mwN.

³¹ Vgl. nur BGHSt 11, 207 (209); 16, 49 (56); 21, 371 und BGH NJW 1994, 1421 f.

³² **Langenfeld**, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 90. EL (Februar 2020), Art. 3 Abs. 3 Rn. 45 mwN.

³³ Aus diesem Grunde ist es verständlich, dass es Bestrebungen gibt, Regelungen, die den Begriff enthalten, entsprechend anzupassen; hierzu: **Thüsing**, in: Welt online v. 16.06.2020 ▶ <https://www.welt.de/debatte/kommentare/article209657827/Der-Begriff-Rasse-muss-im-Grundgesetz-bleiben.html>

³⁴ OLG Köln NJW 1981, 1280, (1281); **Sternberg-Lieben/Schittenhelm**, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 130 Rn. 4; **Sebastian/Briske**, AfP 2013, 101 (106).

Mit Blick auf den nationalsozialistischen Hintergrund der Aussage liegt indes die Einordnung unter den Begriff der „Rasse“ nahe:

Zweifellos ist das Judentum keine „Rasse“ im biologisch/anthropologischen Sinne. Da es derartige Rassen bereits seit tausenden Jahren beim Menschen nicht mehr gibt, wird der Begriff ohnehin schon lange nicht mehr so verstanden.³² Es geht vielmehr um Rassismus,³³ also die Idee, dass eine Gruppe von Menschen aufgrund bestimmter äußerer, ihrer Ethnie geschuldeter, Merkmale als biologisch minderwertig angesehen werden. Ob eine solche rassische Ideologie nun an wissenschaftliche oder pseudowissenschaftliche Erkenntnisse anknüpft, spielt dabei keine Rolle. Andernfalls könnten sich Autoren durch geschicktes „Umdefinieren“ einer Strafbarkeit entziehen.³⁴

Mit Blick auf das Judentum würde es dem komplizierten Zusammenspiel von kulturellen und religiösen Kategorien nicht gerecht, es als Bevölkerungsgruppe (allein) auf die Religionszugehörigkeit zu reduzieren.³⁵ Nicht zuletzt deshalb wurde im Nationalsozialismus mit aller Macht versucht, die jüdische Bevölkerung als Rasse zu definieren, deren Unterschiede zur „arischen“ Bevölkerung in erster Linie biologische seien.³⁶ Aus diesem Grunde ist jedenfalls der nationalsozialistische Antisemitismus stets eine rassistische Diffamierung. Ob das für andere Formen antisemitischer Diffamierung³⁷ auch gilt, ist dabei eine andere Frage.

Im Einzelnen haben sie nachvollziehbar darauf hingewiesen, dass das Ziel des Beschwerdeführers, zum Hass mittels Bezugnahme auf gegen die jüdische Bevölkerung gerichtetes nationalsozialistisches Gedankengut und Methoden aufzustacheln, insbesondere aus der Verwendung von seitens [sic!] der nationalsozialistischen antisemitischen Propaganda verwendeter Termini („frecher Jude“), aus der positiven Hervorhebung der „Männer der Waffen-SS“ und aus dem unmittelbar an die Äußerung angeschlossenen Boykottaufruf gegenüber der vom Betroffenen geleiteten jüdischen Gemeinde deutlich wurde. [...]

Die zum Hass gegen die jüdische Bevölkerung aufstachelnde Stoßrichtung der Äußerung wird auch durch die Einbettung der Äußerung in den Vorwurf eines angeblich besonders ausgeprägten Einflusses jüdischer Organisatio-

³⁵ Weiterführend ▶ **Gorstein**, JSE 2017, 254 (256) mwN.

³⁶ Sehr lesenswert: **Denk**, Die Konstruktion der jüdischen „Rasse“ (2011), passim. Speziell für das im Nationalsozialismus vorherrschende Bild „des Juden“ siehe *ibid.*, S. 67 ff. und 133 ff. Zu Adolf Hitlers Idee der „*Natürlichen Selektion als Rassenkampf*“ siehe **Sebastian/Briske**, AfP 2013, 101 (106 f.).

³⁷ Einer 2018 durchgeführten europaweiten Opferbefragung mit 16.395 Teilnehmern jüdischen Glaubens kam hinsichtlich der Verteilung der Tätergruppen zu folgendem Ergebnis: 30% extremistisch eingestellte Muslime, 21% linke/linksextremistische Personen, 16% Arbeits- oder Schulkollegen, 15% Bekanntenkreis, 13% rechte/rechtsextremistisch eingestellte Personen; **European Union Agency for Fundamental Rights**, *Experiences and perceptions of antisemitism* (2018), S. 12 f. ▶ https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-experiences-and-perceptions-of-antisemitism-survey_en.pdf

nen auf die Politik in Deutschland, die ersichtlich den Topos einer angeblichen jüdischen Weltverschwörung aufgreifen soll, klar kenntlich. [...]

Schließlich weist das Landgericht zutreffend darauf hin, dass die auf die Äußerung folgende Ankündigung, den Einfluss jüdischer Organisationen auf die deutsche Politik „in aller kürzester Zeit auf genau Null reduzieren“ zu wollen, in ihrer Militanz an nationalsozialistische Vernichtungsrhetorik anknüpft. Derartige verbale Anlehnung mag in anderen Zusammenhängen zulässig sein; spezifisch gegen bestimmte Bevölkerungssteile, insbesondere die jüdische Bevölkerung gerichtet[,] begründet sie aber aufgrund der historischen Erfahrung und Realität eines solchen Unterfangens einen konkret drohenden Charakter, trägt die Gefahr in sich, die politische Auseinandersetzung ins Feindselige und Unfriedliche umkippen zu lassen und gefährdet damit – zumal wegen der Verlautbarung gegenüber einem unbegrenzten Personenkreis im Internet – deren grundlegende Friedlichkeit. Eben dagegen schützt der Tatbestand der Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 StGB.“

III. Ergebnis

Da der Verfassungsbeschwerde des B mithin weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt und sie – aufgrund offensichtlicher Unbegründetheit – auch nicht zur Durchsetzung seiner Grundrechte angezeigt ist, war sie nicht zur Entscheidung anzunehmen (§ 93a Abs. 2 BVerfGG).³⁸

Abschließende Hinweise

Es handelt sich zweifellos nicht um eine Entscheidung, die in die Geschichtsbücher eingehen wird. Dennoch beinhaltet sie einige wichtige Klarstellungen zur Meinungsfreiheit im Hinblick auf nationalsozialistische und andere rechtsextreme Äußerungen. Damit ist sie zumindest gegenwärtig fraglos examensrelevant, zumindest im Rahmen der 1. Juristischen Prüfung.

Wichtig, wenn auch eigentlich selbstverständlich ist die Idee, dass es stets auf die Äußerung selbst ankommt und nicht auf übergeordnete politische Affiliationen. Die Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen politischen Partei darf daher nicht zu einer „Mithaftung“ all ihrer Mitglieder im Hinblick auf möglicherweise strafbare Äußerungen Einzelner führen. Die Gerichte sind damit angehalten, selbst Aussagen mit klarem Bezug zum Nationalsozialismus stets mit Blick auf den konkreten Einzelfall zu prüfen. Andernfalls ist die Einschränkung der Meinungsfreiheit verfassungsrechtlich nicht haltbar. Wie die Entscheidung zeigt, ist eine entsprechende Begründung aber keineswegs übermäßig komplex:

Auch ohne explizite Erwähnung, kann

1. die Verwendung szenen- und propagandatypischer Termini ("frecher Jude"),
2. die positive Hervorhebung der "Männer der Waffen-SS" und
3. der unmittelbar an die Äußerung angeschlossene Boykottaufruf gegen die jüdische Gemeinde

nicht anders verstanden werden als ein Gutheißen und gleichzeitiges Androhen nationalsozialistischer Willkür- und Gewaltmaßnahmen gegen die jüdische Bevölkerung. Es handelt sich insofern um wenig subtiles „dog whistling“, also die Nutzung einer Sprache in politischen Aussagen, die je nach Publikum unterschiedlich verstanden wird.

Sascha Sebastian, M.mel.

Referendar
Oberlandesgericht Celle
z. Zt. Amtsgericht Hannover

► **Inhaltsverzeichnis**

³⁸ Weiterführend zum Annahmeverfahren: *Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 58. EL (Januar 2020), § 93a Rn. 3 ff. mwN.

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
 Dr. Alexander Bechtel
 Prof. Dr. Sarah Bunk
 Dr. Caprice Doerbeck
 Dr. Pius O. Dolzer
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 RA Steffen Follner
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.
 Sebastian Karl
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 Maik Kniebel
 Dipl.-Pol. Philipp Louis
 Prof. Dr. Christian F. Majer
 (*Schriftleiter*)
 Prof. Dr. Torsten Noak
 Quetzal Rojano-Adam
 Sascha Sebastian, M.mel.
 (*Stellvertretender Schriftleiter*)
 Philipp Trautmann
 Carolin Werz
 Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
 Doblerstrasse 15
 D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer
 (*Vorsitzender*)
 Sascha Sebastian, M.mel.
 (*Stellv. Vorsitzender*)
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 (*Schatzmeister*)
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 (*Ressortleiter Strafrecht*)
 Prof. Dr. Arne Pautsch
 (*Ressortleiter Öffentliches Recht*)

10. Jahrgang (2020)

ISSN 2195-044X

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
 RiLG Dr. Ralf Dietrich
 Prof. Dr. Jörg Eisele
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
 Prof. Dr. Volker Haas
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
 RD Jochen Heinz
 Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
 RA Prof. Rainer Kirchdörfer
 Prof. Dr. Alexander Proelß
 Prof. Dr. Joachim Renzikowski
 Prof. Dr. Gottfried Schiemann
 Prof. Dr. Dominik Skauradszun
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
 RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
 Prof. Dr. Christian Traulsen
 RA Dr. Werner Walk
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
 MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>

E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:

▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Thümmel, Schütze & Partner | ▶ BRP Renaud & Partner

Beiträge in früheren Ausgaben

1/2020 Florian Außem	Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus
1/2020 Arne Pautsch	Corona und Grundgesetz
4/2019 Jonas Rohde	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern
3/2019 Hans-Dieter Pfannenstiel/ Gordon von Miller	Wölfe in Deutschland
2/2019 Christian Knoth	Fluggastrechte in der Europäischen Union
1/2019 Arne Pautsch	Geschlechterparität im Bundestag?
4/2018 Michael Hippeli	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren
3/2018 Christian F. Majer	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung
2/2018 Torsten Noak	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger
2/2018 Arne Pautsch	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg
1/2018 Antonia Braun	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz
4/2017 Arne Pautsch	Die Wahlpflicht
4/2017 Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
3/2017 Sascha Sebastian	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017 Benjamin Bungarten	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017 Susanne Bertow	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017 Markus Meißner/Philipp Fitzek	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
1/2017 Tim P. Holler/Christoph J. Bender	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017 Torsten Noak	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt
4/2016 Philipp Tolga Mavituna	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordpa- ragraphen
4/2016 Markus Meißner	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016 Sarah Bunk	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016 Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Not- wehr?
1/2016 Torsten Noak	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völker- rechtlicher Vorgaben
4/2015 Sascha Brüggemann	Anonymität im Internet

3/2015 <i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015 <i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015 <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015 <i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015 <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
4/2014 <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
4/2014 <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
3/2014 <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014 <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014 <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
1/2014 <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
4/2013 <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
4/2013 <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
3/2013 <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
2/2013 <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
1/2013 <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
1/2013 <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte
4/2012 <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
3/2012 <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
2/2012 <i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
1/2012 <i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen
1/2012 <i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
1/2011 <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
1/2011 <i>Werner Walk/Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatelldingungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –
Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

► www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ► <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen

ISSN 2195-044X



9 772195 044008